Verschmelzung von Aktiengesellschaften und ihre Wirkung auf Dauerverträge.

ABHANDLUNG

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu Bonn.

Vorgelegt von

Fritz-Ernst Ohmann

Gerichtsreferendar

aus Bonn.

L. Neuendorff, Bonn Kaiserstr. 42

1939.

Angenommen auf Bericht
des Herrn Geh.-Rat Prof. Dr. Rauch.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Rudolf Ohmann zu eigen!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546405_0043

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 7

I. Teil.

Die Rechtsnatur der Verschmelzung.

§ 1 Die Formen der Verschmelzung 10

1. Abschnitt. Verschmelzung durch Aufnahme.

§ 2 Stellungnahme der Literatur zum Aktiengesetz 11
§ 3 Der Gang der Verschmelzung 12
§ 4 Die körperschaftliche Wirkung des Verschmelzungsvertrages . 13
§ 5 Körperschaftliche Erweiterung der aufnehmenden Gesellschaft durch Kapitalerhöhung 18
§ 6 Ersterwerb der neuen Aktien durch die übertragende Gesellschaft 20
§ 7 Der Erwerb der neuen Aktien durch die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft 24
§ 8 Die Verschmelzung gegen Hingabe von Vorratsaktien 32

2. Abschnitt. Verschmelzung durch Neugründung.

§ 9 Zweck und Bedeutung der neuen Verschmelzungsform 40
§ 10 Die Rechtsnatur der Verschmelzung durch Neubildung 41

3. Abschnitt. Die Bedeutung der körperschaftlichen Natur der Verschmelzung.

§ 11 Verschmelzung und Gesamtrechtsnachfolge 44
§ 12 Die Stellung der verschmolzenen Gesellschaften im Gesamtunternehmen 48

II. Teil.

Seite

Einwirkung der Verschmelzung auf Dauerverträge.

§ 13 Das Problem der elastischen Dauerverpflichtungen 50
§ 14 Die Grundlagen der richterlichen Lösung 52
§ 15 Die Lösungsversuche auf dem Boden der Gesamtrechtsnachfolge und die reichsgerichtliche Rechtsprechung . . . 56
§ 16 Die Stellungnahme des Kammergerichtes und deren Fortentwicklung 62
§ 17 Zusammenfassung und Anwendung 66

Einleitung.

Die Erfüllung der gewaltigen Aufgaben, die der deutschen Wirtschaft durch die Neugestaltung des Reiches gestellt werden, machte die Zusammenfassung aller Kräfte zur Erreichung der äußersten Leistungsfähigkeit erforderlich. Daraus erklärt sich die seit 1935 einsetzende Konzentrationswelle, die über die Interessengemeinschaft zum Konzern und schließlich zur Verschmelzung führt.[1]) Dieser Entwicklung hat sich das Aktiengesetz vom 30. 1. 1937 nicht verschlossen und die genannten Gebilde, zum Teil erstmalig, geregelt. Besonders aber dem Verschmelzungsrecht hat der Gesetzgeber seine Aufmerksamkeit zugewandt und hier nicht nur Unklarheiten ausgeräumt, sondern auch neben der üblichen Form der Verschmelzung durch Aufnahme die der Verschmelzung durch Neubildung geschaffen (§ 233 I u. II Akt.Ges).

Von den mannigfaltigen Fragen, die bei der Fusion von Aktiengesellschaften auftauchen, macht keine soviel Schwierigkeiten wie die, was beim Zusammentreffen widersprechender Dauerverträge werden soll und wie sich die Erfüllung laufender Verträge elastischen Inhaltes gestalten soll.

Die Ursache hierfür liegt in der mit der Verschmelzung untrennbar verbundenen Gesamtrechtsnachfolge der übernehmenden bzw. der neugebildeten Gesellschaft in die Rechtsstellung der übertragenden Gesellschaft (vgl. § 240 III Akt.Ges., § 304 V HGB.).

---

1) Im Jahre 1938 endeten im Altreich 57 Aktiengesellschaften mit einem Gesamtkapital von 134 Millionen Mark durch Verschmelzung. Berliner Börsenzeitung vom 20. 7. 1939.

Dem am Vertrag beteiligten Dritten steht nunmehr infolge der Universalsukzession das neue Gesamtunternehmen gegenüber. Dieses haftet ihm für die Erfüllung seiner vertraglichen Ansprüche.

Jede der sich vereinigenden Gesellschaften bringt in der Regel ein ganzes Paket von Kartellverträgen, Ausschließlichkeitsabmachungen, Wettbewerbsvereinbarungen und ähnlichen Verträgen, die die Begrenzung ihres Leistungsinhaltes lediglich in dem Umfang und der Kapazität des Betriebes finden, oder die miteinander zu vereinbaren unmöglich ist.

Auf den ersten Blick erscheint es verwunderlich, daß nur wenige höchstrichterliche Entscheidungen vorliegen, obgleich jede Verschmelzung solche Schwierigkeiten mit sich bringen wird. Der Grund hierfür ist einerseits in dem Überhandnehmen der Schiedsverträge zu suchen und andererseits in der Unsicherheit der Rechtslage, die den Parteien ein einzigartiges Prozeßrisiko aufbürdet.[1]) Die Fusionsgesellschaften sind daher gezwungen, einen Ausgleich auf gütlichem Wege mit den Vertragspartnern herbeizuführen. Das birgt insofern Mißlichkeiten in sich, als diese Regelung schon vor der Verschmelzung durchgeführt werden muß. Zu einem Zeitpunkt also, wo niemand sich gerne in seine Karten sehen läßt.

Die Unmöglichkeit, einen vermittelnden Ausgleich zu finden, hat schon manche volkswirtschaftlich erwünschte Verschmelzung undurchführbar gemacht.[2]) Um hier helfend eingreifen zu können, sieht das Aktiengesetz (§§ 240 III, 247 V) vor, daß der Umfang der Verpflichtungen nach Billigkeit unter Würdigung der vertraglichen Rechte aller Beteiligten zu bestimmen ist.

Über §§ 242, 133 BGB. herausgehend, ist damit dem Richter die Möglichkeit eröffnet, die Vertragsverhältnisse nicht nur festzustellen, sondern gegebenenfalls neu zu gestalten.

---

1) Flechtheim JW. 1927 S. 1060.

2) Vgl. den bekannten Fall Hapag-Hugo Stinnes-Linien. Näheres bei Rosendorff, Konzernrecht S. 217.

Für diese Lösung ist neben den unmittelbaren wirtschaftlichen Erfordernissen die Vorstellung vom Wesen der Verschmelzung maßgeblich. Das schroffe Auseinanderfallen von Literatur und Judikatur zum angeschnittenen Problem ist nicht zuletzt auf den verschiedenartigen Ausgangspunkt zurückzuführen.

Wie ein roter Faden durchzieht die literarische und judicielle Erörterung des Rechtes der Verschmelzung die Frage nach ihrer Rechtsnatur. Unvereinbar steht hier die Theorie vom individualrechtlichen Veräußerungsgeschäft der des sozialrechtlichen Gründungsaktes gegenüber. Für die besondere Frage der Vertragsschwierigkeiten bei der Fusion bedeutet das, daß hier ein körperschaftliches Weiterleben der übertragenden Gesellschaft im Rahmen des neuen Unternehmens bejaht wird. Dort hingegen wird in der Fusion nur der Übergang einer Vermögensmasse gesehen.

Es ist verständlich, daß diese weit auseinandergehenden Ansichten die Lösung der Vertragsschwierigkeiten entscheidend beeinflussen. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, zunächst das Wesen der Verschmelzung scharf zu erfassen und damit den sicheren Boden für die Behandlung der Vertragsprobleme selbst zu finden.

I. TEIL.

Die Rechtsnatur der Verschmelzung.

§ 1.

Die Formen der Verschmelzung.

Den bisherigen Begriff „Fusion" ersetzt das Aktiengesetz durch „Verschmelzung". Für deren Durchführung eröffnet § 233 AktGes. zwei Wege: den der Verschmelzung durch Aufnahme und den der Verschmelzung durch Neubildung. Der erstgenannte Vorgang deckt sich im Ergebnis mit der Fusion unter Ausschluß der Liquidation, die bisher in § 306 HGB. geregelt war. Zu der anderen Figur ist hingegen im Handelsgesetzbuch keine Parallele zu finden.

Wenngleich die Verschmelzung durch Neubildung in § 248 AktGes. weitgehend Bezug auf die Verschmelzung durch Aufnahme nimmt, steht sie neben ihr systematisch doch völlig selbständig da. Äußerlich wird das gekennzeichnet durch die getrennte Behandlung beider Rechtsfiguren in selbständigen Unterabschnitten des ersten Abschnittes „Verschmelzung von Aktiengesellschaften". Für die Frage nach ihrer Rechtsnatur muß deswegen die Verschmelzung durch Neubildung getrennt neben der durch Aufnahme behandelt werden, weil das Ergebnis nicht dasselbe zu sein braucht.

1. Abschnitt.

Verschmelzung durch Aufnahme.

§ 2.

Stellungnahme der Literatur zum Aktiengesetz.

Die bisher allein übliche Verschmelzung durch Aufnahme ist in § 233 I und den folgenden Paragraphen geregelt. Nach dem Wortlaut der Gesetzesbestimmungen erscheint es zunächst überhaupt verwunderlich, noch nach ihrer Rechtsnatur zu fragen. Ganz klar wird von einer „Veräußerung" des Vermögens der Gesellschaft gegen Gewährung von Aktien gesprochen. Der Schluß auf ein schuldrechtliches Geschäft ist daher naheliegend. Eine Reihe praktischer Streitfragen, an die sich der bisherige Meinungsstreit über die Rechtsnatur der Fusion knüpfte, wie z. B. die Frage nach der Zulässigkeit der Gewährung von Vorratsaktien und der Barauszahlung überschießender Spitzen beim Aktienumtausch, sind durch ausdrückliche Vorschriften[1]) geklärt worden. Ein unmittelbares Bedürfnis, sich erneut mit dem alten Problem zu befassen, ist daher in Schrifttum und Rechtsprechung noch nicht entstanden. Deswegen geht man zum größten Teil darüber hinweg und spricht entsprechend der gesetzlichen Terminologie von einem Veräußerungsgeschäft[2]) oder läßt die Frage ganz unbeantwortet.[3])

---

1) Vergl. § 238 I und II AktGes.

2) Teichmann-Köhler § 240 Anm. 3b, § 233 Anm. 3.

3) Baumbach, Danieli, Klausing.

Soweit man aber ausnahmsweise doch auf die Rechtsnatur der Verschmelzung eingeht[1]), ist man alsbald wieder in dem alten Streit, ob Sozialakt oder Veräußerungsgeschäft, befangen. Um hier zu der notwendigen Klärung zu kommen, ist es erforderlich, durch den Sprachgebrauch des Gesetzes durchzustoßen und zu erkennen, wie sich nach seinem Willen die Verschmelzung tatsächlich vollzieht.

§ 3.

Der Gang der Verschmelzung.

Das Aktiengesetz hat genaue Vorschriften über die Reihenfolge der für die Verschmelzung zweier Gesellschaften erforderlichen Akte aufgestellt. Das ist nicht nur von praktischer Bedeutung, um den Parteien möglichste Klarheit zu verschaffen, sondern auch für die Erkenntnis der Rechtsnatur bedeutungsvoll.

Es war nicht eine Folge unklarer gesetzlicher Formulierung, daß für das Aufeinanderfolgen der einzelnen Akte bzw. deren handelsregisterliche Eintragung bei der Fusion nach dem Handelsgesetzbuch sich drei Lehrmeinungen[2]) gegenüberstanden, sondern der Ausfluß verschiedenartiger Vorstellungen von deren Rechtsnatur. Daher ist es auch berechtigt, aus der vom Gesetzgeber gewollten Reihenfolge Folgerungen für das Wesen der Verschmelzung zu ziehen.

Nach dem AktGes. hat sich die Verschmelzung wie folgt abzuspielen:

a) Abschluß des Verschmelzungsvertrages zwischen den beiden beteiligten Gesellschaften unter Beachtung der Formvorschrift des § 235 AktGes.

b) Beschlußfassung über die Verschmelzung durch die Hauptversammlungen beider Gesellschaften gemäß § 234 AktGes.

c) Hiermit im Zusammenhang hat auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft der Kapitalerhöhungsbeschluß zu erfolgen,

---

1) Schlegelberger-Quassowski § 233 A 15; v. Godin-Wilhelmi § 233 A 5.

2) Vgl. Schlegelberger § 240 Anm. 2; Breit, ZHR. Bd. 95 S. 27.

es sei denn, daß die Verschmelzung nur gegen Hingabe von Vorratsaktien durchgeführt wird (vgl. § 237 AktGes.).

d) Anmeldung und Eintragung der durchgeführten Kapitalerhöhung im Handelsregister.

e) Aushändigung der von der übernehmenden Gesellschaft nach § 240 II AktGes. an den Treuhänder abzuliefernden Aktien.

f) Anmeldung und Eintragung der erfolgten Verschmelzung im Handelsregister nach § 239 AktGes.

g) Schließlich muß die erfolgte Verschmelzung durch das Registergericht bekanntgemacht werden.

Die Verschmelzung mit gleichzeitiger Kapitalerhöhung bildet den Regelfall. Für die Erkenntnis der Rechtsnatur ist deshalb von ihr auszugehen.

§ 4.

Die körperschaftliche Wirkung des Verschmelzungsvertrages.

Die Fusion hat nach § 233 AktGes., wo vom „Wesen der Verschmelzung" die Rede ist, die Vereinigung von Aktiengesellschaften unter Ausschluß der Abwicklung zum Gegenstand. Mit diesen Eingangsworten des 3. Buches hat der Gesetzgeber programmatisch seine Auffassung von ihrer Rechtsnatur kundgetan. Wenn demgegenüber in den folgenden Gesetzesvorschriften vorwiegend die technische Durchführung der Verschmelzung behandelt wird, so liegt das daran, daß dem wirtschaftlichen Leben mehr mit praktischen Vorschriften als mit rechtstheoretischen Grundsätzen gedient ist. Zudem ist es eine Eigenart des Aktienrechts, daß die „Organisation des Sozialsachverhaltes zur juristischen Person" im Hintergrund verschwindet.[1]) Umsomehr gewinnen aber die in § 233 AktGes. niedergelegten Leitsätze an Bedeutung.

Die Vereinigung der Gesellschaften ist der Zweck der Fusion und die „Vermögensverschmelzung nur Vorbedingung der Gesell-

1) Pander S. 24.

schaftsverschmelzung".[1]) Das erhellt aus der systematischen Gegenüberstellung des ersten und zweiten Teiles des 3. Buches des Aktiengesetzes: Während bei der „Vermögensübertragung in anderer Weise", die § 255 im Auge hat, allein die vermögensrechtliche Transaktion das Entscheidende ist, berührt die Verschmelzung das Schicksal der Vermögensträger selbst. Mit dieser systematischen Trennung beider Rechtsgeschäfte ist die Klarstellung erfolgt, daß die „echte" und „unechte" Fusion, wie sie bisher zusammenhängend in § 303 ff. HGB. geregelt war, zwei gänzlich verschiedene Vorgänge sind.

Angelpunkt der wirksamen Verschmelzung ist der Verschmelzungsvertrag.[2]) Er begründet die Verpflichtung der übertragenden Gesellschaft zur Übertragung ihres Vermögens auf die übernehmende unter Ausschluß der Liquidation und andererseits deren Verpflichtung, entsprechend der vereinbarten Verhältnisbewertung als Gegenleistung Mitgliedschaftsrechte zu gewähren.[3])

Auch bei der Vermögensübertragung nach § 255 AktGes. ist ein Vertrag der beiden beteiligten Gesellschaften nötig, und für dessen Formerfordernis nimmt § 255 II AktGes. ausdrücklich auf die Vorschriften für den Verschmelzungsvertrag Bezug. Trotzdem handelt es sich hier um zwei „toto genere verschiedene Verträge", wie Brodmann[4]) es richtig erkennt. Denn „im ersteren Fall ist die Veräußerung des Vermögens ein rein schuldrechtlicher Vertrag, in welchem Veräußerer und Erwerber sich zur künftigen Leistung und Gegenleistung verpflichten, während im letzteren Fall ein Verfügungsgeschäft vorliegt"[5]).

Verfügung ist dabei die liquidationslose Übertragung des Gesellschaftsvermögens, die den Untergang der Gesellschaft zur Folge hat (vgl. § 240 III, IV AktGes.). Durch diese unmittelbare Wirkung

---

1) Breit S. 365.
2) Schulze-Lasaulx, Iher. J. Bd. 79 S. 362.
3) Teichmann-Köhler § 233 Anm. 3c.
4) Brodmann, AR. § 304 Anm. 2b.
5) Brodmann § 304.

auf den Bestand der juristischen Person gewinnt die Verfügung die Rechtsnatur eines körperschaftlichen Aktes.[1])

Mit der Übertragung des Vermögens erlischt die übertragende Gesellschaft, ohne daß es noch einer besonderen handelsregisterlichen Eintragung bedarf. Die körperschaftliche Verfügung liegt im wirksamen Verschmelzungsvertrag, obgleich erst die Eintragung des Verschmelzungsbeschlusses im Handelsregister die vereinbarte Gesamtrechtsnachfolge herbeiführt.[2]) Der Vorgang ist ähnlich der Auflassung zu beurteilen, wo auch die unmittelbare Vertragswirkung durch den öffentlichrechtlichen Akt der Grundbucheintragung eintritt und das Rechtsgeschäft trotzdem Verfügung bleibt.[3])

Das übernehmende Unternehmen wird gleichzeitig um das seine rechtliche Selbständigkeit verlierende übertragende Unternehmen erweitert. Otto Gierke[4]) kennzeichnet treffend diesen Vorgang als den Fall der Veränderung und Auflösung juristischer Personen, indem „eine Verbandsperson behufs ihrer Verschmelzung mit einer durch diese Erweiterung veränderten anderen Verbandsperson aufgehoben wird".

Im Unterschied hierzu ist die Vermögensveräußerung nach § 255 AktGes. ohne Einfluß auf das körperschaftliche Gefüge der veräußernden Gesellschaft und erweist damit ihre individualrechtliche Natur. In Abweichung vom Standpunkt des Handelsgesetzbuches (vgl. § 302 II) bestimmt § 255 II AktGes., daß die Übertragung des Gesellschaftsvermögens nicht mehr die zwangsläufige Auflösung der juristischen Person zur Folge hat, um die „einmal erfolgte Zusammenfassung von Kapital zu erhalten und nicht ohne zwingenden Grund aufzulösen".[5])

Die körperschaftliche Wirkung des Verschmelzungsvertrages erfordert, daß die Hauptversammlungen der beteiligten Gesellschaften

---

1) Brodmann § 306 Anm. 1a.
2) Brodmann § 304 Anm. 2b.
3) Enneccerus-Wolff § 38 II.
4) Gierke, Genossenschaftsrecht S. 827.
5) Amtl. Begründung.

über ihn beschließen. Während bei der Vermögensveräußerung im ganzen nach § 255 AktGes. nur der Umfang des Geschäftes, d. h. der Verkauf des sachlichen Substrates der juristischen Person als außerhalb der Vertretungsbefugnis des Vorstandes liegend, den Vertrag bis zu seiner Genehmigung schwebend unwirksam macht,[1]) ist es gerade die Wirkung des Verschmelzungsvertrages, die seine Identifizierung mit dem Willen der Gesellschafterversammlung erheischt. Die Handlungsbefugnis des Vorstandes einer AG. ist entsprechend seiner Stellung als Vertretungsorgan nach außen durch §§ 71 und 74 AktGes. gegeben, zu gesellschaftsrechtlichen Akten aber ist er gar nicht fähig. Weil die körperschaftliche Veränderung der beteiligten Gesellschaften das entscheidende Kennzeichen der Verschmelzung ist, wird die scheinbare Ausnahmebestimmung des § 234 I AktGes. verständlich, wonach es keiner Beschlußfassung auf Seiten der aufnehmenden Gesellschaft bedarf, wenn der Betrag der zu gewährenden Aktien 10% ihres Grundkapitals nicht übersteigt. Bei den dann völlig verschiedenen Größenverhältnissen der beteiligten Gesellschaften bedeutet die Aufnahme des seiner rechtlichen Selbständigkeit entkleideten Unternehmens durch die aufnehmende Gesellschaft für diese keine merkliche Änderung ihres sozialen Gefüges. Deshalb ist die Zustimmung ihrer Hauptversammlung auch entbehrlich.

Die Beschlußfassung über den Verschmelzungsvertrag und die Eintragung der Fusion im Handelsregister der übertragenden Gesellschaft haben die erstrebte Gesellschaftsvereinigung mit Universalsukzession zur Folge. Während die Beschlußfassung die Rechtslage noch nicht ändert — im Gegensatz zur Fusion nach HGB., bei der sie ohne weiteres die Gesellschaftsauflösung herbeiführte[2]) —, tritt die dingliche Wirkung der Verschmelzung erst mit deren Eintragung ein. Trotzdem ist kein Grund einzusehen, warum nicht beide Gesellschaften an den genehmigten Verschmelzungsvertrag schuldrechtlich

---

1) Vgl. RG. in JW. 1930 S. 908.
2) Staub-Pinner § 306 Anm. 17.

gebunden sein sollten.[1]) Diese obligatorische Wirkung erfordert die Formbedürftigkeit des Verschmelzungsvertrages nach § 311 BGB., wie es bisher schon herrschende Meinung war und nunmehr ausdrücklich gesetzlich festgesetzt ist (vgl. § 235 AktGes.). Deshalb mußte auch für den Abschluß einer auf einen späteren Zeitpunkt gerichteten Verschmelzung § 310 BGB. ausdrücklich für nicht anwendbar erklärt werden.

Eine Schwierigkeit bereitet aber der Umstand, daß der Verschmelzungsvertrag ein echter Vertrag ist,[2]) seine endgültige Durchführung aber zum körperschaftlichen Gesamtakt wird. Gilbert[3]) bestreitet deswegen überhaupt, daß es sich um einen Vertrag handele, und erklärt den Fusionsvertrag für eine unmittelbare körperschaftliche Verfügung, die die Anwendbarkeit der §§ 310, 311 BGB. ausschließe.[4]) Diese Ansicht beruht auf einer Verkennung der Struktur des körperschaftlichen Gesamtaktes. Da ihn seine Wirkungen auf das Gefüge der betroffenen Verbandsperson zu dem machen, was er ist, „ist es mit seinem Wesen nicht unvereinbar, daß er in seinem Schoß rein schuldrechtliche und bindende Verträge birgt.“[5])

Schief ist deshalb auch die Vorstellung Goldschmidts,[6]) der Verschmelzungsvertrag sei zunächst ein „pactum nudum“, der später seine Rechtsnatur ändere. Ein schuldrechtlicher Vertrag kann sich nicht zum Gesamtakt umwandeln, wohl aber kann dieser ihn enthalten.[7])

Zwischen Beschlußfassung und Eintragung der Verschmelzung hat der Gesetzgeber eine Reihe Maßnahmen geschaltet, die die be-

---

1) Brodmann § 304 Anm. 4a.
2) Baumbach § 235 Anm. 1.
3) JW. 1928 S. 2597.
4) Die im Ergebnis gleiche Meinung Wittmaaks ZHR. Bd. 71 S. 107 beruht auf der irrigen Voraussetzung, § 310 u. § 311 BGB. gelten nicht für juristische Personen.
5) Brodmann § 304 Anm. 4a.
6) Fusion S. 32.
7) Otto Gierke, Dt. Privatrecht Bd. II S. 494.

teiligten Gesellschaften vornehmen müssen: es sind dies Treuhänderbestellung, Aktienübergabe an diesen und Empfangsanzeige (vgl. § 240 AktGes.). Zu deren Durchführung sind die beiderseitigen Vorstände nunmehr obligatorisch verpflichtet. So wird das schuldrechtliche Element im Schoße des körperschaftlichen Gesamtaktes der Verschmelzung sinnvoll.

§ 5.

Körperschaftliche Erweiterung der aufnehmenden Gesellschaft durch Kapitalerhöhung.

Die Rechtsnatur der Verschmelzung als Sozialakt liegt nicht nur in ihrer Wirkung auf die übertragende Gesellschaft begründet, sondern auch in der Hand in Hand damit gehenden Erweiterung der aufnehmenden Gesellschaft. Es handelt sich bei dieser nicht um eine rein vermögensmäßige Ausweitung durch den wirtschaftlichen Bestand der erloschenen Gesellschaft. Ihre körperschaftliche Struktur wird vielmehr durch die Verschmelzung geändert, weil zwingende Voraussetzung der Gesamtrechtsnachfolge die Vermögensübertragung gegen Gewährung von Aktien ist. Die hierzu erforderliche Erweiterung des Gesellschafterkreises durch die entsprechende Schaffung neuer Aktionärstellen bedeutet eine teilweise Neugründung der übernehmenden Gesellschaft.

Auf dem Boden der auch heute noch als herrschend angesehenen Genossenschaftstheorie[1]) stellt jede Gründungshandlung einen körperschaftlichen Gesamtakt dar.[2]) Die aufnehmende Gesellschaft kann der übertragenden als Gegenleistung für die Übertragung ihres Vermögens regelmäßig nur solche Aktien gewähren, die sie im Wege der Kapitalerhöhung neu geschaffen hat. Diese vollzieht sich grund-

---

1) Lehmann, Allg. Teil S. 430; Baumbach Anm. 1 vor § 16.
2) Gierke, Genossenschaftsrecht S. 133.

sätzlich nach den allgemeinen Vorschriften über die Kapitalerhöhung.[1])

Nach der ganzen Struktur des Aktienrechtes ist ein rein gesellschaftliches Recht ohne dahinter stehenden Vermögensanteil nicht denkbar. Deswegen muß bei der Verschmelzung die Vermögensmasse der übertragenden Gesellschaft als Einlage für die Kapitalerhöhung geleistet werden. Weil der Wert der neu auszugebenden Aktien als Entgelt für die Vermögensübertragung dieser vollkommen entspricht, kann man daher mit Recht die Fusion als einen besonderen Fall der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage bezeichnen.[2])

Die Kapitalerhöhung ist als körperschaftlicher Gesamtakt an die Willenserklärung der Gründer geknüpft, Aktionär der neu zu schaffenden Anteilsrechte werden zu wollen. Diese Erklärung, die nach der herrschenden Kreationstheorie[3]) einseitig und empfangsbedürftig, sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch der Allgemeinheit, abzugeben ist, liegt in der Aktienzeichnung. Unzweifelhaft wird sie bei der Verschmelzung von der übertragenden Gesellschaft abgegeben, wobei diese sich verpflichtet, die Einlage auf die neuen Aktien durch Einbringung ihres gesamten Vermögens zu entrichten.

Diese vermögensrechtliche Verpflichtung darf nicht über den körperschaftlichen Charakter der Aktienzeichnung hinwegtäuschen. Nach Otto Gierke[4]) sind die auf den Erwerb oder Verlust einer Mitgliedschaft gerichteten Willensakte eigentümlicher Natur, „weil sie als Sozialakt dennoch Individualrechtsgeschäfte in sich einschließen können, jedoch insoweit sie eine Person einer anderen Person ein- oder ausgliedern, nicht unter den Begriff eines Individualrechtsgeschäftes fallen". So gesehen, enthält die Aktienzeichnung neben dem sozialrechtlichen Element hinsichtlich der mit dem Gesellschaftsrecht ver-

---

1) Vgl. Schlegelberger § 237 I.
2) Brodmann § 306 Anm. 7.
3) Staub-Pinner § 189 Anm. 20; RGZ. Bd. 118 S. 269.
4) Dt. Privatrecht S. 494.

bundenen Vermögensrechte auch einen Vertrag zugunsten der Aktiengesellschaft.[1])

Die einklagbare Verpflichtung der übertragenden Gesellschaft zur Leistung der Einlage in Gestalt ihres Vermögens liegt im Verschmelzungsvertrag begründet. Damit nimmt dieser die Stellung ein, die bei einer gewöhnlichen Kapitalerhöhung der Zeichnungsschein innehat. Der Verschmelzungsvertrag tritt also an dessen Stelle.[2]) Er bedarf deshalb hinsichtlich des Umfanges der gezeichneten Aktien der genauen Festlegung.[3])

Mit der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung im Handelsregister wird diese wirksam, wie in Erledigung einer alten Streitfrage[4]) § 156 AktGes. bestimmt. Die Kapitalerhöhung aus Anlaß der Verschmelzung findet ihre Besonderheit darin, daß sie keine Einzahlung auf die neuen Aktien erfordert. § 237 I AktGes. scheidet dieses Kennzeichen der gewöhnlichen Kapitalerhöhung ausdrücklich aus, indem § 155 AktGes. für nicht anwendbar erklärt wird. Es entstehen also neue Aktien, ohne daß die Einlage schon geleistet worden ist.[5])

§ 6.

Ersterwerb der neuen Aktien durch die übertragende Gesellschaft.

Mit der Feststellung, daß der Verschmelzungsvertrag die Funktion des Zeichnungsscheines innehat, steht gleichfalls fest, daß die übertragende Gesellschaft als Zeichnerin der jungen Aktien gilt. Das ist unbestritten. Im gesamten Aktienrecht gilt weiterhin der Satz, daß der Zeichner einer Aktie auch deren Erstnehmer sein muß. Die

---

1) Gierke a. a. O. S. 487 Anm. 20.

2) Vgl. Böttcher-Meilicke § 237 Anm. 3; Schlegelberger § 237 Anm. I 1.

3) Vgl. Bay. OLG. in OLG. Bd. 22 S. 32.

4) Baumbach § 156 1; Staub-Pinner § 287 Anm. 4.

5) Schlegelberger-Quassowski § 237 Anm. 5, 6.

Identität von Zeichner und Aktionär ergibt sich zwangsläufig aus der körperschaftlichen Natur des Gründungsaktes. Weil er kein Vertrag ist, läßt er auch keine Teilung dahingehend zu, daß, wie beim Vertrag zugunsten Dritter, die übertragende Gesellschaft als Zeichnerin zur Einlageleistung verpflichtet ist, ihre Aktionäre aber Ersterwerber der Aktien werden sollen. Nur für die Verschmelzung hat man das bisher übersehen. Entweder läßt man vorbehaltlos die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft die unmittelbar Berechtigten aus der Kapitalerhöhung sein,[1]) oder aber es wird in das Belieben der beiden Fusionsgesellschaften gestellt, ob die übertragende Gesellschaft selbst die neuen Aktien erwerben soll oder unmittelbar deren Aktionäre.[2])

Das Bestreben, die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft sofort zu solchen der übernehmenden zu machen, ist bei der überwiegend wirtschaftlichen Bedeutung der Verschmelzung verständlich. Im Hinblick auf die alsbaldige Auflösung sind die neu ausgegebenen Aktien in der Bilanz der übertragenden Gesellschaft nur ein durchlaufender Posten und wirtschaftlich für deren Aktionäre bestimmt. Brodmann[3]) bezeichnet den Vorgang daher als „eine eigentümliche Doppelrolle, welche die aufzulösende Gesellschaft spielt, im eigenen Namen und zugleich im Namen oder doch für Rechnung und im Interesse ihrer Aktionäre". Die Interessenlage allein kann aber keinen Einfluß auf die juristische Konstruktion der Aktienzeichnung haben. Die rechtliche Struktur der Aktienzeichnung läßt keine Alternative zu. Wer zeichnet, wird unter allen Umständen Aktionär. Von diesem Grundsatz kann für die Verschmelzung keine Ausnahme gemacht werden, weil die Aktiengesellschaft als juristische Person ein von ihren Aktionären grundsätzlich verschiedenes Rechtssubjekt ist. Wohl handelt sie in deren wirtschaftlichem Interesse, aber rechtlich

---

1) Staub-Pinner § 306 Anm. 12; Lehmann-Ring § 306 Nr. 4.
2) Vgl. Schlegelberger § 235 Anm. 2; v. Godin in JW. 1933; Breit, ZHR. 96 S. 366.
3) Brodmann § 305 Anm. 4b.

kann nur sie und niemand anders Erstnehmer der gewährten Aktien sein.[1])

Die Verhältnisse bei der Verschmelzung liegen ähnlich der Zeichnung durch einen Strohmann. Einhellige Meinung für diesen ist, daß er wahrer Aktionär wird.[2]) Der gleiche Satz muß umsomehr für die Aktienzeichnung der übertragenden Gesellschaft gelten, als bei ihr im Gegensatz zum Strohmann ein eigenes Vermögensinteresse an der Verschmelzung gegeben ist.

Aus dem Aktiengesetz ergibt sich klar, daß dieser unumstößliche Grundsatz des Gesellschaftsrechtes auch für die Verschmelzung gilt.

§ 240 II AktGes. hat die neue und überaus wichtige Institution des Treuhänders geschaffen. Zunächst bezweckt er den Schutz der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft. Darüber hinaus hat der Treuhänder aber konstruktive Bedeutung für die Rechtsnatur der Verschmelzung, und es ist deshalb zu bedauern, daß er trotz seiner Wichtigkeit vom Gesetzgeber nur so kurz behandelt worden ist.

An ihn sind die auszukehrenden neuen Aktien der übernehmenden Gesellschaft abzuliefern, ehe die Verschmelzung durchgeführt werden darf. Weil es sich um eine echte Aktienausgabe handelt, kann sie nach § 158 AktGes. erst nach Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung erfolgen.[3])

Damit ist die übernehmende Gesellschaft ausdrücklich für vorleistungspflichtig erklärt worden.[4]) Sie muß die neuen Aktien hergeben zu einem Zeitpunkt, wo die übertragende Gesellschaft noch im vollen Leben steht und sie selber gegen diese nur den obligatorischen Anspruch in Form der Einlageleistung hat. Diese Vorleistungspflicht ist das Spiegelbild der Entstehung neuer Aktien ohne Einlageleistung.

---

[1]) Ebenso Naendrup S. 887.
[2]) Vgl. Schlegelberger § 2 Anm. 13; Staub-Pinner a. a. O.
[3]) Böttcher-Meilicke § 238 Anm. 10.
[4]) Böttcher-Meilicke § 235 Anm. 1.

Für wen der Treuhänder die Aktien besitzt, sagt das Gesetz nicht. Aus dem Grundsatz der Aktienzeichnung heraus ergibt sich aber, daß er diese nur für die übertragende Gesellschaft als Zeichnerin innehaben kann. Er ist nichts anderes als deren Stellvertreter. Inhaber und Eigentümer der Aktien ist die übertragende Gesellschaft.[1]) Folgerichtig geben daher Baumbach[2]) und Böttcher-Meilicke[3]) sie auch dem Zugriff ihrer Gläubiger preis.[4])

Eine völlig abweichende Auffassung von der Bedeutung der Aktienhingabe an den Treuhänder vertreten Schlegelberger-Quassowski.[5]) In der Übergabe der Aktien sehen sie noch keine Aktienausgabe und lassen sie daher zu, bevor die Kapitalerhöhung als durchgeführt eingetragen worden ist. „Erst wenn der Treuhänder die Urkunden mit Zustimmung der übernehmenden Gesellschaft den einzelnen Aktionären aushändigt, werden die Aktien ausgegeben." Diese Ansicht ist mit dem Gesetz unvereinbar. Der Institution des Treuhänders als Organ der Gesellschaftersicherung widerspricht es, wenn erst in der Hingabe der Aktienurkunden an die neuen Aktionäre nach Durchführung der Verschmelzung die endgültige Begebung der Wertpapiere zu sehen ist. Die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft sollen vielmehr vom Untergang ihrer Verbandsperson ab in ihren Rechten auf die Aktien der übernehmenden Gesellschaft unabhängig von deren Willen sein. Das sind sie aber

---

1) Ebenso Teichmann-Köhler § 240 Anm. 3a.

2) Baumbach § 240 Anm. 2.

3) Böttcher-Meilicke § 240 Anm. 7.

4) Die Kontroverse Böttcher-Meilicke (§ 235 Anm. 1) — Baumbach (§ 233 Anm. 1) beruht auf einem Mißverständnis. Baumbach verlangt gleichfalls die Hingabe der Aktien an den Treuhänder, läßt aber diesen nach dem Willen der Beteiligten entweder als Stellvertreter der übertragenden Gesellschaft oder deren Aktionäre handeln. Das verkennt Böttcher-Meilicke, der den Treuhänder nur als Stellvertreter der übertragenden Gesellschaft ansieht.

5) § 240 Anm. 7.

nicht, wenn man erst in der Hingabe der Aktien an die Aktionäre und nicht schon an den Treuhänder die Begebung sieht.[1])

Dem Schutz der Aktionäre wird nur die Vorleistungspflicht der übernehmenden Gesellschaft gerecht und dieser entspricht zwangsläufig die Stellung des Treuhänders als Vertreter der übertragenden Gesellschaft. Zu dieser seiner Charakterisierung kommt noch hinzu, daß für die Fusionsgesellschaften gar keine Veranlassung besteht, die neuen Aktien den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft, vertreten durch den Treuhänder, auszuantworten. Bis zur Verschmelzung haben diese Aktionäre noch ihre in vollem Umfange bestehenden Aktionärrechte an der alten Gesellschaft. Ihnen daneben auch das gesamthänderische Eigentum an den jungen Aktien der übernehmenden Gesellschaft zusprechen zu wollen, ist völlig ungerechtfertigt. Auf der anderen Seite entspricht dem Eigentum der übertragenden Gesellschaft an diesen Wertpapieren ihre bilanzierungsfähige Verpflichtung zur Einlageleistung.

§ 7.

Der Erwerb der neuen Aktien durch die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft.

Mit der Feststellung, daß die übertragende Gesellschaft Aktionär der von der übernehmenden Gesellschaft zu gewährenden Aktien wird, entfällt ein weiteres Indiz, die Verschmelzung als Veräußerungsgeschäft anzusehen. Die Meinung nämlich, Empfänger dieser Aktien würden unmittelbar die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft, läßt sich wohl auf dem Boden der veräußerungsrechtlichen Theorie halten mit Hilfe des Vertrages zugunsten Dritter.

---

[1]) Ganz widerspruchsvoll Baumbach (§ 240 Anm. 2), der einerseits Schlegelberger zustimmt, die Hingabe an den Treuhänder sei keine Aktienausgabe, und trotzdem den Treuhandbegriff dem Zugriff der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft aussetzt.

Die Verschmelzung aber als sozialrechtlicher Akt verstanden und die Aktienhingabe als Bestandteil der erfolgten Kapitalerhöhung, lassen eine derartige Konstruktion nicht zu. Erstnehmer der von der aufnehmenden Gesellschaft gewährten Aktien wird unter allen Umständen die übertragende Gesellschaft.

Der Erwerb dieser Aktien durch ihre eigenen Aktionäre muß sich daher auf Grund besonderen Rechtsgeschäftes vollziehen.[1])

Die Zugehörigkeit der jungen Aktien der übernehmenden Gesellschaft zum Vermögen der übertragenden, vermittelt durch den Treuhänder als ihren Stellvertreter, ist nach Sinn und Zweck des Verschmelzungsvorganges nur vorübergehender Natur. Dieser Zustand ist nichts anderes als eine notwendige Bedingung für die demnächst durchzuführende Verschmelzung, d. h. für die Herbeiführung ihres Endzieles: Untergang der übertragenden und Übergang ihres sachlichen Substrates auf die übernehmende Gesellschaft. Hierdurch verlieren die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft ihre ursprünglichen Aktionärsrechte. Für diesen Verlust müssen sie entschädigt werden und zwar ausschließlich mit Aktien der übernehmenden Gesellschaft.[2]) Das ist gerade die besondere Eigenart der Verschmelzung.

Die Entschädigung der alten Gesellschafter mit Aktien der übernehmenden Gesellschaft ist nur aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihnen und der übertragenden Gesellschaft zu verstehen:

Der nach § 234 AktGes. erforderliche Beschluß der Hauptversammlung dieser Gesellschaft bewirkt einerseits, daß der vom Vor-

---

1) Grundsätzlich zustimmend v. Godin § 233 Anm. 7, der schon für das HGB. in dem „Umtausch" eine besondere „Willensbetätigung, Aktionär der neuen Aktien werden zu wollen", sieht.

2) Die in § 238 II AktGes. zur Klärung einer alten Streitfrage erlaubte bare Zuzahlung bis zur Höhe des zehnten Teiles des Gesamtnennbetrages der gewährten Aktien stellt keinen dogmatischen Bruch im Recht der Verschmelzung dar, sondern ist die Anerkennung des praktischen Bedürfnisses, einen Ausgleich überschießender Spitzen vornehmen zu können.

stand mit der übernehmenden Gesellschaft geschlossene Verschmelzungsvertrag wirksam wird. Dies unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß die in ihm verkörperte entsprechende sozialrechtliche Willenserklärung der übernehmenden Gesellschaft bei dieser durch einen gleichartigen Beschluß genehmigt wird. Ausnahmsweise kann er allerdings nach § 234 I AktGes. für diese auch von Anfang an wirksam sein. Von da ab entwickelt sich die Verschmelzung als notwendige Folge des im Fusionsvertrag begründeten Auflösungs- und Neugründungsgeschäftes.

Andererseits verändert die Beschlußfassung der Hauptversammlung der übertragenden Gesellschaft völlig die vermögensrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zu ihren Aktionären. Die nunmehr bindend gewordene Verpflichtung zur Übertragung ihres gesamten Vermögens bedeutet den unabänderlichen Verlust ihrer rechtlichen Selbständigkeit. Sie erlischt mit Durchführung der Verschmelzung, ohne daß es überhaupt noch einer besonderen Löschung im Handelsregister bedarf (vgl. § 240 IV AktGes.).

Die Verschmelzung ist ebenso eine Form des Unterganges einer Aktiengesellschaft wie die Auflösung (§ 203 ff. AktGes.) und die Vermögensübertragung mit nachfolgender Liquidation (§ 255 AktGes.). Alle drei Möglichkeiten stehen entsprechend ihren verschiedenartigen wirtschaftlichen Voraussetzungen gleichberechtigt nebeneinander. Mit vollem Recht hat daher das Aktiengesetz die Verschmelzung aus der systematischen Verbindung mit der Liquidation, wie sie das Handelsgesetzbuch kannte, befreit.

Gleich ist allen drei Vorgängen das formelle Erlöschen der betroffenen Gesellschaft. Während aber bei der Auflösung nicht nur der Untergang des „Aktienmantels", sondern auch seines wirtschaftlichen Kernes eintritt, wird dieser wirtschaftliche Kern bei der Verschmelzung bewußt erhalten. Bei der Vermögensübertragung im ganzen nach § 255 AktGes. wird zwar das sachliche Substrat der Gesellschaft übernommen und bleibt so bestehen, der soziale Körper aber wird von ihm getrennt und geht unter. Weil das Unternehmen untergeht, ist keine Gesamtrechtsnachfolge möglich und die Einzel-

übertragung aller Sachen erforderlich.[1]) Nur bei der Verschmelzung bleibt der Organismus erhalten und seine Vereinigung mit dem der übernehmenden Gesellschaft verstärkt und kräftigt beide in einer Weise, die mehr als eine bloße Summierung ist und mit dem Ausdruck Hachenburgs[2]) die Wirkung hat, daß bei der Fusion 1+1 = 3 ist. Hierin liegt die eigentliche wirtschaftliche Berechtigung, von den üblichen Schutzvorschriften zugunsten der Gläubiger beim Untergang der ihnen verpflichteten Gesellschaft abzusehen.[3])

Mit dem Untergang der juristischen Person gehen deren Aktionäre ihrer gesellschaftlichen Stellung verlustig, ihre Mitgliedschaftsrechte erlöschen. Wohl aber bleiben die reinen Gläubigerrechte, die zwar in ihrer Entstehung von den Mitgliedschaftsrechten nicht zu trennen sind, dann aber völlig selbständig wegen ihrer individualrechtlichen Natur neben diesen stehen und sie überdauern.[4]) Hierzu gehören die Ansprüche auf Auszahlung der „beschlossenen" Dividende und der „festgestellten" Abwicklungsbeteiligung.

Die Befriedigung des Anspruches auf anteilmäßige Beteiligung am Reinvermögen beim Untergang der Gesellschaft setzt dessen Versilberung voraus. Das bedeutet Vernichtung der im Unternehmen zusammengefaßten Produktionskräfte. Ein Ergebnis, das gerade durch die Verschmelzung vermieden werden soll. Die Faktoren, die in ihrer organischen Einheit die Bedeutung der übertragenden Gesellschaft ausmachen, wie Werksanlagen, Kartellquoten, Kundenkreis, Betriebserfahrungen usw., sollen dem ganzen Fusionsunternehmen nutzbar gemacht werden. Daraus ergibt sich die innere Berechtigung, daß ihre ursprünglichen wirtschaftlichen Träger, die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft, weiter mit ihnen im Rahmen der übernehmenden Gesellschaft verbunden bleiben. Das ist allein möglich auf dem Weg des Erwerbes von Gesellschaftsrechten der

---

1) Baumbach § 255 Anm. 4b.
2) Hachenburg, LZ. 1911 S. 648.
3) Schlegelberger-Quassowski § 241 Anm. 1.
4) RGZ. Bd. 87 S. 387; Baumbach § 52 Anm. 3B.

übernehmenden Gesellschaft. Um dieser wirtschaftlich wegen der erhöhten Rentabilitätsaussichten meist sehr erwünschten Möglichkeit willen verzichten die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft auf die bare Abwicklungsbeteiligung und damit auf die Liquidation.

An Stelle der Liquidationsbeteiligung tritt nach dem Mehrheitswillen der Aktionäre die Verpflichtung der übertragenden Gesellschaft, sie mit gleichwertigen Aktien der übernehmenden Gesellschaft schadlos zu halten, um auf diese Weise weiter an der Entwicklung des Gesamtunternehmens teilnehmen zu können. Darin liegt die gesetzlich zugelassene Umwandlung des an sich unentziehbaren[1]) Anspruches auf die Liquidationsrate (§ 212 AktGes.) in einen solchen auf Abfindung mit Aktien. Diese Umwandelung bedeutet keine Verschlechterung, weil die Fusionsbeteiligung mindestens dem Wert der Liquidationsrate gleichkommt, regelmäßig aber ihn übersteigt. Ähnlich sieht das Reichsgericht[2]) den Vorgang und meint, bei der Verschmelzung handele es sich um einen „der Mehrheitsherrschaft unterstellten besonderen Fall der Vollbeendigung der Gesellschaft".

Die Meinung v. Godin's[3]), „der Verlust des bisherigen Aktienrechtes sei nicht Gegenstand dieser Beschlußfassung". übersieht, daß zwangsläufig der HV.-Beschluß nach § 254 AktGes. mit über das Schicksal der alten Aktionärrechte entscheidet.

Man kann hiergegen nicht einwenden, daß damit die Verschmelzung doch zu einer besonderen Form der Liquidation werde, während deren Ausschluß gerade zum Begriffsmerkmal der Fusion erhoben worden sei (vgl. § 233 AktGes.). Der Gesetzgeber hat die Verschmelzung als völlig eigene Rechtsfigur schaffen wollen, hat es aber dabei nicht ganz vermeiden können, einzelne Vorgänge analog der Abwicklung zu regeln.[4]) So gemahnt an sie z. B. die Bestellung

---

1) RGZ. Bd. 62 S. 57.
2) RGZ. Bd. 124 S. 300.
3) Dt. Justiz 1939 S. 1165.
4) Vgl. Teichmann-Köhler § 244 Anm. 4.

eines besonderen Vertreters für die Durchführung von Schadensersatzansprüchen gegen die Verwaltungsträger der übertragenden Gesellschaft nach der Verschmelzung (vgl. § 244 Akt.Ges.). Die Ähnlichkeit der Bestimmungen ist aber lediglich eine Frage der Gesetzestechnik, weswegen sich daraus nicht der Vorrang der einen Rechtsfigur vor der anderen folgern läßt.

Damit sind die beiden Funktionen des die Verschmelzung genehmigenden Beschlusses der Hauptversammlung der übertragenden Gesellschaft erkannt: Genehmigung der Gesellschaftsvereinigung und Verzicht auf die Liquidationsrate zugunsten eines Anspruches der Aktionäre auf Aktien der übernehmenden Gesellschaft.

Diese Forderung richtet sich gegen die übertragende Gesellschaft und wird fällig bei deren Untergang, also mit der Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister.

Die übertragende Gesellschaft verschafft sich regelmäßig die zur Befriedigung ihrer Aktionäre erforderlichen Anteile der übernehmenden Gesellschaft auf dem schon näher erläuterten Weg der Beteiligung an deren Kapitalerhöhung. Nur im Interesse dieser Aktionäre besitzt der Treuhänder die ausgegebenen Aktien für die übertragende Gesellschaft als Stellvertreter an ihrer Statt. Für die Erfüllung des Anspruches haftet sie grundsätzlich selber.

Mit der Eintragung der Verschmelzung erlischt die übertragende Gesellschaft, und ihr Vermögen geht ipso iure auf die übernehmende über. Hiervon ausgenommen ist der fiduziarisch verwaltete Aktienbesitz des Treuhänders. Der im gleichen Augenblick fällig gewordene Anspruch der zu Gläubigern gewordenen Aktionäre auf die Aktien der übernehmenden Gesellschaft wird befriedigt, indem sie als letzte Rechtshandlung vor ihrem Erlöschen ihr Eigentum zugunsten ihrer bisherigen Aktionäre aufgibt. Man muß mit Teichmann-Köhler[1]) annehmen, daß „der Treuhänder von nun an für Rechnung der künftig als empfangsberechtigt sich herausstellenden Aktionäre die Aktien innehat, mithin als sog. stiller Vertreter".

---

1) Teichmann-Köhler § 240 Anm. 3b.

Endgültig befriedigt sind diese Aktionäre erst, wenn sie unmittelbar den ihnen zustehenden Anteil an Aktien der übernehmenden Gesellschaft erhalten haben. Bis dahin haftet ihnen diese selber im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, weil es sich ursprünglich um eine Forderung gegen die übertragende Gesellschaft gehandelt hat. Das wird dann von Bedeutung sein, wenn der Treuhänder seinen Verpflichtungen gegenüber den Aktionären nicht nachkommt. Die erloschene Gesellschaft hat sich seiner zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen gegenüber ihren Aktionären bedient. Sie haftet deshalb für ihn gemäß § 278 BGB., und damit auf Grund der Gesamtrechtsnachfolge späterhin die übernehmende Gesellschaft. Für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft ist so eine ausreichende Sicherheit geschaffen. Deshalb bedarf es nicht der von Baumbach[1]) verlangten Prüfungspflicht hinsichtlich der Zuverlässigkeit des Treuhänders durch das Registergericht.[2]) Eine solche Prüfungspflicht ist im Gesetz nicht vorgesehen und erübrigt sich wegen der Haftung der übernehmenden Gesellschaft für den Treuhänder als Erfüllungsgehilfen.

Der nun durchzuführende „Umtausch" der Aktienurkunden der erloschenen Gesellschaft in solche der übernehmenden ist trotz des Wortlautes des Gesetzes kein Tausch[3]) im bürgerlich-rechtlichen Sinn. Es werden nicht Wertpapiere gegen Wertpapiere getauscht, sondern die ehemaligen Aktionäre erwerben anteilmäßig das ihnen zustehende Alleineigentum an den vom Augenblick der Verschmelzung ab in ihrem Gesamthandseigentum stehenden Aktien des Treuhänders. Die Hingabe der Aktienurkunden an den Treuhänder hat dabei nur die Bedeutung des Nachweises der entsprechenden Beteiligung am Gesamthandseigentum. Im übrigen richtet sich der Um-

---

1) Baumbach § 240 Anm. 2.
2) Wie hier Böttcher-Meilicke § 240 Anm. 2.
3) v. Godin § 233 Anm. 5.

tausch nach den allgemeinen Vorschriften (vgl. §§ 240 III, 67, 179 AktGes.) und weist keine Besonderheiten auf.

Auf dem Boden der hier vertretenen Ansicht erscheint noch die Übertragbarkeit der Aktienurkunden der übertragenden Gesellschaft auch nach der Verschmelzung möglich.[1]) Es werden zwar keine Wertpapiere mehr übertragen, weil die Aktien vom Untergang der Gesellschaft ab keine Gesellschaftsrechte mehr verkörpern. Der dem ehemaligen Aktionär als Gläubigerrecht zustehende Anspruch auf Befriedigung mit Aktien der übernehmenden Gesellschaft ist aber zedierbar und bedarf zu seiner Geltendmachung nur des Nachweises vermittels der Aktienurkunde. Sie wird deshalb nicht als Wertpapier, sondern nach der Verschmelzung nur noch als Beweisurkunde übertragen.[2])

Rückblickend läßt sich über die nunmehr durchgeführten Verschmelzungen feststellen, daß sie in ihren entscheidenden Entwicklungsstufen sozialrechtlicher Natur sind. Die beiden Kennzeichen der Gesellschaftsvereinigung sind die Auflösung der übertragenden Gesellschaft und die Begründung neuer Anteilsrechte der übernehmenden Gesellschaft. Beide sind innerlich und äußerlich zusammengefaßt im Verschmelzungsvertrage, der durch sie seine Rechtsnatur als körperschaftlicher Akt empfängt. Nach dem Willen des Gesetzes kann daher die Verschmelzung durch Aufnahme nur als körperschaftlicher Vorgang, nicht aber als Veräußerungsgeschäft begriffen werden.

---

1) So Böttcher-Meilicke § 240 Anm. 13a; a. M.: Baumbach § 240 Anm. 7.

2) Ebenso Heymann-Bremen in ZHR. Bd. 92 S. 235.

§ 8.

Die Verschmelzung gegen Hingabe von Vorratsaktien.

Die körperschaftliche Natur des Verschmelzungsvertrages liegt in seiner doppelten Funktion der Beendigung der übertragenden und der Erweiterung der übernehmenden Gesellschaft begründet. Letztere erfolgt normalerweise auf dem Weg der Kapitalerhöhung durch die damit verbundene Schaffung neuer Gesellschaftsrechte. Dieses Ergebnis wird anscheinend umgestoßen durch die nach § 238 I AktGes. für zulässig erklärte Hingabe eigener Aktien. Nach der Regelung, die das Aktiengesetz geschaffen hat, kann eine Gesellschaft ausnahmsweise diese noch als echte Vorratsaktien besitzen, regelmäßig wird sie sie durch abgeleiteten Erwerb nach § 65 AktGes. erworben haben.

Dieser Vorgang gehörte mangels einer ausdrücklichen Regelung zu den heiß umstrittensten Fragen des Handelsgesetzbuches. Die auf dem Boden der körperschaftlichen Theorie stehende Lehre unter Führung Brodmanns[1]) lehnte die Zulässigkeit einer solchen Hingabe als mit dem Wesen der Verschmelzung unvereinbar ab.[2]) Dies deshalb, weil es an der notwendigen Begründung neuer Gesellschaftsrechte fehle.[3])

Die entgegengesetzte Stellungnahme jener Richtung[4]), die die Fusion als Veräußerungsgeschäft betrachtet, ist von ihrem Ausgangspunkt aus allerdings verständlich.

---

1) Brodmann § 306 Anm. 7a; ebenso Fischer Aktienrecht S. 417; Brandt § 305 Anm. 2c; Heymann ZHR. Bd. 92 S. 232.

2) Die Zustimmung Brodmanns in Festg. f. Soldan S. 11 zu der gegenteiligen reichsgerichtl. Rechtsprechung beruht nur auf praktischen Erwägungen. Die theoretischen Bedenken, die letzten Endes in seiner bekannten Ablehnung der eigenen Aktie wurzeln, werden ausdrücklich gewahrt.

3) Pander S. 40.

4) Staub-Pinner § 305 Anm. 14; Makower § 305; Ullmann S. 42 ff.; Müller-Erzbach S. 314; Koenige § 305 Anm. 1.

Ohne sich mit den rechtstheoretischen Bedenken auseinanderzusetzen, erklärte das Reichsgericht in der bekannten Entscheidung in Sachen Gelsenkirchener Bergwerks-Aktiengesellschaft vom 13. 5. 1929 die Hingabe eigener Aktien statt einer Kapitalerhöhung für zulässig.[1]) Die Begründung wird in der Verneinung der Frage gefunden, ob „die Kapitalerhöhung der aufnehmenden Gesellschaft begriffsnotwendiges und rechtswesentliches Tatbestandsmerkmal der Verschmelzung überhaupt ist".

Diese Rechtsprechung hat im Aktiengesetz in der Bestimmung des § 238 I ihren Niederschlag gefunden. Gerade die Tendenz der neueren Gesetzgebung, die der eigenen Aktie wegen ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Bedenklichkeit feindlich gegenübersteht (vgl. §§ 51, 65 AktGes.), hätte es unverständlich erscheinen lassen, die Möglichkeit zu deren Verwertung gelegentlich einer Verschmelzung durch das Verbot ihrer Gewährung zu unterbinden. Hinzu kommt, daß der damit verbundene Zwang zur Überkapitalisierung wirtschaftlich unerwünscht ist.

Das Reichsgericht hat sich aber in seiner Entscheidung nicht damit befaßt, ob und welchen Einfluß die Hingabe eigener Aktien auf die Rechtsnatur der Verschmelzung hat.

In der Verwertung eigener Aktien — und um einen solchen Akt der Verwertung handelt es sich bei der Fusion — glaubte man bisher allgemein ein reines Veräußerungsgeschäft erblicken zu müssen. Dies führte dann von selbst zu dem Ergebnis, eine auf dieser Grundlage durchgeführte Verschmelzung stelle ein individualrechtliches Schuldgeschäft dar, etwa einen Kauf oder Tausch. Auf dieser Auffassung beruht die scharfe Ablehnung, die diese Rechtsfigur von Seiten der körperschaftlichen Lehre erfahren hat. Nachdem die gegenteilige Praxis nunmehr Gesetz geworden ist, ergibt sich auf dem Boden der bisherigen Anschauung vom Wesen der eigenen Aktie die Unmöglichkeit einer einheitlichen Rechtsnatur der Verschmelzung. Von Godin[2]),

1) RGZ. Bd. 124 S. 304.
2) v. Godin-Wilhelmi § 233 Anm. 5.

der in ihr grundsätzlich einen körperschaftlichen Akt sieht, kommt zu dem resignierten Verzicht auf eine dogmatische Harmonie zwischen der Verschmelzung mit und ohne Kapitalerhöhung, da „bei der Verschmelzung gegen Gewährung eigener Aktien ihre Konstruktion als sozialrechtlicher Akt ganz offenbar versage". Diesem unmöglichen Ergebnis gehen Schlegelberger-Quassowski[1]) aus dem Weg, indem sie das merkwürdige Zwittergebilde eines „gesellschaftsrechtlichen Vorganges mit schuldrechtlichem Einschlag" schaffen. Die Verschmelzung ist aber entweder Sozialakt oder Individualrechtsgeschäft, beides zusammen jedoch unmöglich. Wohl können auf einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang schuldrechtliche Vorschriften angewandt werden, ohne daß er dadurch seine Rechtsnatur verliert.[2])

Aber auch der Meinung v. Godins zu folgen und die Verschmelzung mit Kapitalerhöhung als körperschaftlichen Akt, diejenige gegen Gewährung eigener Aktien hingegen als Veräußerungsgeschäft anzusehen, ist untragbar. Das würde die merkwürdige Konsequenz haben, daß unter Umständen die tiefgehende Kluft zwischen beiden Rechtsgeschäften durch den einheitlichen Vorgang der Verschmelzung laufen würde. Da es mehr oder weniger im freien Ermessen der aufnehmenden Gesellschaft steht, ob und inwieweit sie die Fusion unter Benutzung eigener Aktien durchführen will, würde es auch in ihrem Belieben liegen, ob diese nach dem einen oder nach dem anderen rechtlichen Gesichtspunkt zu beurteilen ist.

Bei einer eingehenden Würdigung des Wesens der eigenen Aktie, wie sie dem Gesetzgeber vorschwebt, erscheint es sachlich unrichtig, in ihrer Übergabe an einen Dritten ein Veräußerungsgeschäft zu erblicken.

Aus dem rechtlichen Widersinn der eigenen Aktie hat die Gesetzgebung in weiterer Verschärfung der Novelle von 1931 die Konsequenz gezogen und in § 65 AktGes. den Erwerb nur noch ganz ausnahmsweise zugelassen. Besonders bedeutungsvoll erscheint die

---

1) § 233 Anm. 15.
2) Ritter § 233 Anm. 2.

Behandlung, die diesen Aktien zukommt. § 65 VII AktGes. bestimmt: „Der Gesellschaft stehen aus eigenen Aktien keine Rechte zu." Das ist mehr als ein sprachlicher Unterschied gegenüber der Bestimmung des § 226 V HGB., in der es hieß: „Das Stimmrecht und der Anspruch auf Reingewinn ... ruhen". Jetzt ist klargestellt, daß mit dem Erwerb eigener Aktien alle Rechte aus diesen untergehen und nicht bloß unausübbar sind.

Obgleich es wirtschaftlich umgekehrt zu sein scheint, ist das Aktienrecht in erster Linie ein Gesellschaftsrecht, aus dem das Vermögensrecht entfließt. Ein Gesellschaftsrecht ist aber ohne einen Inhaber nicht denkbar.[1]) Die Vereinigung aller ihrer Inhaber ist das persönliche Substrat der juristischen Person. Eine Identität zwischen beiden ist unmöglich, weswegen eine Verbandsperson nie Inhaber ihrer eigenen Gesellschaftsrechte sein kann. Daraus ergibt sich zwangsläufig der Untergang dieser Rechte beim Erwerb eigener Aktien und nicht nur deren „Ruhen".[2])

Dabei handelt es sich nicht um ein bloßes Wortspiel: Das Bezugsrecht auf junge Aktien (§153 AktGes.) kann, wenn die Rechte aus eigenen Aktien nur ruhen, zwar nicht ausgeübt, wohl aber veräußert werden.[3]) Haftet diesen Aktien aber überhaupt kein Recht mehr an, so kann das Bezugsrecht nicht nur nicht ausgeübt, sondern auch gar nicht veräußert werden.[4]) Die eigene Aktie besitzt nur noch Vermögenswert, aber keinerlei gesellschaftsrechtliche Bedeutung. Im übrigen ist auch der Vermögenswert zweifelhafter Natur, da sein Umfang durch den Wert der Gesellschaft und nicht durch einen allgemeinen Verkehrswert bestimmt wird.[5])

Zwar wird die eigene Aktie bilanzmäßig als Vermögensbestandteil (§ 131 A III 5 AktGes.) behandelt. Sinnvoller aber wäre es, sie

---

1) Ruth S. 2.
2) Ebenso Ruth S. 3; Feine, GmbH.-Recht S. 420.
3) So Staub-Pinner § 226 Anm. 30; Neufeld § 226 A 9.
4) Baumbach § 65 Anm. 5; Schlegelberger § 65 Anm. 34.
5) Schlegelberger § 65 Anm. 1.

gar nicht unter den Aktiven erscheinen zu lassen und entsprechend ihrem Nominalwert eine Verminderung des Stammkapitals auf der Passivseite vorzunehmen. Zu einem echten Vermögenswert wird die eigene Aktie erst mit dem Empfang der Gegenleistung bei ihrer Veräußerung an einen Dritten. Deswegen ist die Auffassung Breits[1]) nicht richtig, die Hingabe eigener Aktien sei „ebenso Substanzverlust wie die Hingabe von Geld". Umgekehrt wird gerade die Substanz vermehrt, indem durch die Veräußerung wirklich neues Kapital dem Gesellschaftsvermögen zugeführt wird.

So gesehen, steht die eigene Aktie dem genehmigten Kapital in gewisser Hinsicht nahe, das, wie es in der Amtlichen Begründung zum Aktiengesetz heißt[2]), gerade als Ersatz für die unerwünschte Vorratsaktie geschaffen worden ist. Die Hingabe der eigenen Aktie an einen Dritten bringt die Gesellschaftsrechte aus ihr wieder völlig neu zum Entstehen. Der Erwerb gleicht hinsichtlich seiner körperschaftlichen Natur der ersten Begebung junger Aktien anläßlich einer Kapitalerhöhung. Dem Wesen des Sozialaktes wird man nur dann gerecht, wenn man darunter jeden Akt versteht, der Gesellschaftsrechte zum Entstehen bringt. Das ist beim Erwerb eigener Aktien durch einen Dritten der Fall.

Unmittelbaren praktischen Wert erlangt die Frage nach der Rechtsnatur der Veräußerung eigener Aktien im Steuerrecht. Ist sie wirklich mit der herrschenden handelsrechtlichen Lehre ein Veräußerungsgeschäft, dann unterliegt sie der Börsenumsatzsteuer, während sie nach der hier vertretenen körperschaftlichen Begebungstheorie gesellschaftssteuerpflichtig ist. Das Reichsgericht[3]) hat sich erstmalig mit diesem Problem zu befassen gehabt: Eine Gewerkschaft neuen Rechtes hatte eigene Kuxen, die sie vor einer Reihe von Jahren erworben hatte, gegen solche einer anderen Gewerkschaft getauscht. Das Reichsgericht führt nun für die Frage, ob dieses Geschäft der

---

1) ZHR. Bd. 94 S. 411.
2) Amtl. Begründung zu § 169 ff.
3) RGZ. Bd. 98 S. 93.

preußischen Stempelsteuer, die insoweit Vorgängerin der Gesellschaftssteuer war, unterliege, folgendes aus: „Es bestehen keine Bedenken für die Versteuerung, den Umtausch der Kuxe gegen andere Kuxe grundsätzlich den Fällen gleichzustellen, in denen eine Gewerkschaft Sachen oder Anteilsrechte gegen Hingabe neugeschaffener oder schon vorher vorhandener aber noch nie ausgegebener Kuxe erwirbt." Bei dieser Vorstellung von der Veräußerung eigener Gesellschaftsanteile beharrte das Reichsgericht weiterhin, als die Frage zu entscheiden war, ob ein Fusionsvertrag, der die ausschließliche Gewährung von Vorratsaktien vorsah, der Gesellschaftssteuer oder auch der Stempelsteuer unterworfen war. Die Vorinstanzen hatten den Verschmelzungsvertrag als Kauf- oder Tauschvertrag angesehen und deswegen die Stempelsteuerpflicht bejaht. Diese Ansicht lehnt das Reichsgericht[1]) als rechtsirrig ab, der Vertrag hätte nur „als Verschmelzungsvertrag zu gelten", nicht aber als Kaufvertrag, und verneinte deswegen die nur für Individualrechtsgeschäfte gegebene Stempelsteuerpflicht.

Der Reichsfinanzhof vermied zunächst, zu dieser reichsgerichtlichen Rechtsprechung Stellung zu nehmen[2]), und Weinbach[3]) stimmte dem Reichsgericht zu für den Fall, daß die eigenen Aktien solange im Portefeuille der Gesellschaft geruht hätten, bis sie nicht mehr als wirksame gesellschaftsrechtliche Anteile gelten könnten. Es leuchtet ein, daß für die juristische Konstruktion es keinen Unterschied machen kann, ob der Erwerb eigener Aktien für kurze Zeit oder aber zur dauernden Einziehung gedacht ist.

Erst in einer späteren Entscheidung bekannte sich der Reichsfinanzhof[4]) grundsätzlich zur gegenteiligen Auffassung von der Fusion gegen Hingabe eigener Aktien. Eine Auseinandersetzung mit dem Reichsgericht wird allerdings umgangen. Die Meinung, es han-

---

1) RGZ. Bd. 129 S. 312.
2) Urt. II A 6/24 = StuW. 1924 S. 710.
3) Weinbach § 6 Anm. 55, ebenso Kessler § 6 Anm. 28.
4) RFH. Bd. 28 S. 42.

delе sich hierbei um einen Gesellschaftsvertrag, wird verneint und der bei der Gesamtrechtsnachfolge eingetretene Übergang eines Aktienpaketes als reines Veräußerungsgeschäft der Börsenumsatzsteuer unterworfen. Die das Reichsgericht unmittelbar bewegende Frage, ob für die Hingabe der eigenen Aktien Börsenumsatzsteuer oder Gesellschaftssteuer zu entrichten ist, hat der Reichsfinanzhof dabei nicht zu entscheiden gehabt. Das Finanzamt hatte ersichtlich im Anschluß an die Literatur zum Kapitalverkehrssteuergesetz[1]) nur die Börsenumsatzsteuer erhoben.

Nach dem Urkundensteuergesetz vom 5. 5. 1936 wird im Anschluß an diese Rechtsprechung für Verschmelzung ohne Erhöhung des Grundkapitals der aufnehmenden Gesellschaft die Urkundensteuer erhoben und damit der Verschmelzungsvertrag als Kaufvertrag gewertet.[2])

Nach diesem steuerrechtlichen Exkurs läßt sich zusammenfassend feststellen, daß unter Ablehnung der Vorstellung des Reichsgerichtes vom Wesen der Fusion gegen Hingabe eigener Aktien diese heute steuerrechtlich als normales Veräußerungsgeschäft angesehen wird. Dabei muß jedoch beachtet werden, daß für das Steuerrecht die Frage, wer Ersterwerber ist, nicht nur nach bürgerlich-rechtlichen Gesichtspunkten entschieden werden darf[3]), sondern die wirtschaftliche Bedeutung des Vorganges entscheidend ist. Insoweit kann zugegeben werden, daß die Erhebung von Börsenumsatzsteuer eher gerechtfertigt erscheint als die Erhebung der ungleich höheren Gesellschaftssteuer.

Für die ausschließlich aktienrechtliche Beurteilung der Rechtsnatur des Verwertungsgeschäftes über eigene Aktien muß aber mit dem Reichsgericht[4]) daran festgehalten werden, „daß der Wiederausgabe der eigenen Kuxe die gleiche Bedeutung beigemessen werden muß, als wenn statt dessen neue Kuxe ausgegeben wären.“ Damit ist

---

1) Vgl. Veiel S. 46.
2) Vgl. Eiffler § 4 Anm. 28c.
3) Hdb. des DStR. § 2 Anm. 3.
4) RGZ. Bd. 98 S. 92.

der Nachweis geführt, daß die Hingabe eigener Aktien durch die übernehmende Gesellschaft bei der Verschmelzung ebenso ein körperschaftlicher Akt ist wie ihre Neuschaffung mit Hilfe einer Kapitalerhöhung.

Es steht also nichts im Wege, die Verschmelzung einheitlich als sozialrechtlichen Schöpfungsakt der beteiligten Gesellschaften zu erklären, und damit für alle vorkommenden Fälle ihre Kennzeichnung als Veräußerungsgeschäft abzulehnen.

2. Abschnitt.

Verschmelzung durch Neugründung.

§ 9.

Zweck und Bedeutung der neuen Verschmelzungsform.

Mit der Verschmelzung durch Neugründung hat das Aktiengesetz eine Rechtsfigur geschaffen, die im Handelsgesetzbuch keine Vorgängerin hat. Hingegen wurde schon im Schrifttum zum Allgemeinen Handelsgesetzbuch darauf hingewiesen, daß die Bestimmung über die Fusion auch auf diejenige im Wege der Neugründung einer Gesellschaft Anwendung zu finden habe.[1])

Über die Notwendigkeit dieser neuen Verschmelzungsform für die wirtschaftliche Praxis gehen die Meinungen auseinander. Die Kommission des 34. Deutschen Juristentages[2]) verneinte ihr Bedürfnis. Demgegenüber verweist das Aktiengesetz in seiner Begründung im Anschluß an einen Vorschlag der Akademie für Deutsches Recht auf die Schwierigkeit, die sich bei der Verschmelzung gleich starker Gesellschaften aus dem Kampf um die Frage, wer aufnehmendes Unternehmen werden solle, ergeben könnte. Zur Vermeidung eines reinen Prestigestreites wurde diese neue Verschmelzungsform geschaffen. Inwieweit sie sich nunmehr in der Praxis durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Es darf dabei nicht übersehen werden, daß gerade die

---

1) Vgl. Pechmann, Aktienrecht S. 591; Wiener ZHR. Bd. 27 S. 369, 380.

2) Bericht S. 42.

sog. Kanapeefragen, zu deren Beseitigung sie geschaffen wurde, meist an der harten Wirklichkeit des Steuerrechtes scheitern. Während nämlich bei der Verschmelzung durch Aufnahme die ermäßigte Grunderwerbssteuer (vgl. § 19a GewStG.) nur von den Grundstücken der übertragenden Gesellschaft erhoben wird, wird sie bei der Verschmelzung durch Neubildung von den Grundstücken beider Gesellschaften fällig. Entscheidend fällt aber ins Gewicht, daß bei der Verschmelzung durch Aufnahme Gesellschaftssteuer nur, insoweit eine Kapitalerhöhung auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft erfolgt, zu entrichten ist, während sie bei der Verschmelzung durch Neubildung von dem gesamten Kapital der neuen Gesellschaft erhoben wird.[1])

§ 10.

Die Rechtsnatur der Verschmelzung durch Neubildung.

Die Schwierigkeit der Erkenntnis der Rechtsnatur der Verschmelzung durch Aufnahme liegt darin begründet, daß ihr wirtschaftliches Erscheinungsbild ebenso durch ein Veräußerungsgeschäft im ganzen wie durch die körperschaftliche Eingliederung der übertragenden in die übernehmende Gesellschaft erzielt werden kann. Die beiden dogmatisch so verschiedenen Rechtsgeschäfte hatte das Handelsgesetzbuch bei der Regelung der Fusion kaum auseinandergehalten, und auch das Aktiengesetz erfaßt zum mindesten in der Terminologie den Unterschied nicht mit der nötigen Schärfe.[2])

Bei der Verschmelzung durch Neubildung scheidet von vornherein der mögliche Gegensatz von Individualrechtsgeschäft und körperschaftlichem Gesamtakt aus. Die Fusion, als Kauf- oder Tauschgeschäft betrachtet, setzt begrifflich ein übernehmendes Unternehmen voraus, das Erwerber der individualrechtlichen Leistung ist.

---

1) Vgl. v. Godin-Wilhelmi § 247 Anm. I.

2) Vgl. z. B. § 233 I AktGes.: „Verschmelzung kann erfolgen durch Veräußerung des Vermögens", während es tatsächlich ein Fall der Sacheinlage ist.

Bei der Verschmelzung durch Neubildung besteht die übernehmende Gesellschaft zunächst noch gar nicht. Sie wird erst durch die sich vereinigenden Gesellschaften gegründet und entsteht mit ihrer handelsregisterlichen Eintragung (vgl. § 34 I AktGes.). Damit offenbart sich die ganze Gründungshandlung, die den Abschluß des Verschmelzungsvertrages, die Festsetzung der neuen Satzung und die Beschlußfassung durch die Hauptversammlungen der beteiligten Gesellschaften umfaßt (vgl. § 247, I, III u. IV AktGes.), als einseitiger Gesamtakt. Sie stellt also keinen Vertrag dar.[1]) Die körperschaftliche Natur der Verschmelzung durch Neubildung erhält darüber hinaus noch ihre besondere Betonung durch den Umstand, daß die Entstehung der neuen Gesellschaft mit dem Untergang der sich vereinigenden Gesellschaften und dem gleichzeitigen Übergang ihres Vermögens zusammenfällt (vgl. §247 V u. VI AktGes.). Die Eintragung der Verschmelzung hat im Gegensatz zu derjenigen bei der Verschmelzung durch Aufnahme nur deklaratorische Bedeutung. Damit wird bei der Verschmelzung durch Neubildung durch die gesetzestechnische Durchführung kund, daß es sich bei ihr um eine körperschaftliche Gründung handelt, bei der Vermögensübergang und Untergang der sich vereinigenden Gesellschaften Voraussetzung und nicht nur Folge des Rechtsgeschäftes ist.

Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei ihr um einen Fall der vereinfachten Gesellschaftsgründung mit Sacheinlage i. S. der §§ 16 ff. AktGes. handelt[2]) oder aber um einen Gründungsvorgang eigener Art.[3]) Das ist letztlich ein Streit um Worte, der an der körperschaftlichen Natur — und auf diese allein kommt es hier an — nichts ändert. Da sich die sozialrechtliche Struktur der Verschmelzung durch Neubildung unmittelbar aus der gesetzlichen Regelung ergibt, erübrigt es sich, an Hand des gesamten Fusionsvorganges diesen Nachweis im einzelnen zu führen.

---

1) Gierke, Genossenschaftsrecht S. 133.
2) So v. Godin-Wilhelmi § 247 Anm. 14.
3) Teichmann-Köhler § 247 Anm. 2.

Ihrer Rechtsnatur nach lassen sich also sowohl die Verschmelzung durch Aufnahme wie die durch Neubildung als körperschaftlicher Gesamtakt kennzeichnen, wobei der Unterschied darin liegt, daß dort eine teilweise Neugründung einer bereits bestehenden Verbandsperson erfolgt, während es sich hier um eine umfassende Neugründung handelt.

3. Abschnitt.

Die Bedeutung der körperschaftlichen Natur der Verschmelzung.

§ 11.

Verschmelzung und Gesamtrechtsnachfolge.

Der Nachweis der körperschaftlichen Natur der Verschmelzung in ihren beiden Spielarten ist für die Behandlung des Kollisionsproblems von entscheidender Bedeutung. Die Gesamtrechtsnachfolge, die den Anlaß für die Vertragsschwierigkeiten bildet, stellt sich damit als untrennbar mit dem körperschaftlichen Fortleben der verschmolzenen Gesellschaft verbunden dar. Sie ist nicht etwa nur ein vom Gesetzgeber zum Zwecke der Kostenersparnis geschaffenes Institut juristischer Technik[1]), sondern entfließt zwangsläufig der korporativen Vereinigung. Weil die übertragende Gesellschaft in der übernehmenden oder auch in der neu gegründeten Gesellschaft aufgeht, muß ihr Vermögen an diese fallen, denn es kann von der Verbandsperson, deren sachliches Substrat es ist, nicht getrennt werden.[2]) Das Vermögen geht also nicht wie bei § 419 BGB. über, indem es sich von der Person löst, „sondern es geht über in und mit der Person", wie Kohler[3]) es ausdrückt. Die Gesamtrechtsnachfolge ist deswegen nicht

---

1) So Brodmann in Festgabe für Soldan S. 7, ähnlich auch Rehm LZ. 1916 S. 584.

2) Gierke, Genossenschaftsrecht S. 864; Dt. Privatrecht S. 567.

3) Kohler, Arch. bürg. R. Bd. 40 S. 309.

bloß eine Fiktion, sondern die zwangsläufige Folge der Vereinigung des Vermögensträgers mit einer anderen Verbandsperson. Deshalb sagt das Aktiengesetz mit vollem Recht „Das Vermögen geht über" (vgl. § 240 III, § 247 V AktGes.), während das Handelsgesetzbuch noch unentschlossen mit der Eintragung des Verschmelzungsbeschlusses das Vermögen als übergegangen fingiert (vgl. § 304 V HGB.).

Ihre eigentliche Begründung findet die Universalsukzession jedoch in der Tatsache, daß als Folge des körperschaftlichen Fortlebens der übertragenden in der übernehmenden Gesellschaft nicht eigentlich deren Vermögen als toter Sachinbegriff, sondern vielmehr das ganze Unternehmen als organische Einheit übergeht und im neuen Rahmen weiter tätig bleibt. An das Unternehmen sind letzten Endes die Verträge und die übrigen Rechtsbeziehungen der juristischen Person, wie überhaupt alles, was im wirtschaftlichen Leben den Ausschlag gibt, geknüpft. Das Reichsarbeitsgericht[1]) bejaht wegen dieser unlöslichen Verknüpfung auch den Übergang des arbeitsrechtlichen Treueverhältnisses.

Dieser Betrachtungsweise ist das Reichsgericht in einer neueren Entscheidung[2]) gerecht geworden. Es wird hier für die Aktiengesellschaft ausgeführt: „Deren Eigenart wird weder durch die Persönlichkeit ihrer Gesellschafter, noch durch ihre wechselnden Vorsteher, Aufsichtsratsmitglieder und dergl. bestimmt. Sie erfährt ihre Kennzeichnung im Verkehrs- und Geschäftsleben durch ihre finanzielle Grundlage, ihren Kredit, die Art und Größe ihres Betriebes und dergl., kurz durch die in ihrer Rechtspersönlichkeit verkörperten und zusammengefaßten wirtschaftlichen Interessen und Machtmittel. Diese Umstände werden .... aber durch die Verschmelzung ohne Liquidation gerade nicht berührt, gehen vielmehr im bisherigen Stande und Umfang auf die Gesamtrechtsnachfolgerin über und sind dort nach wie vor vorhanden".

---

1) RAG. in JW. 1939 S. 253.
2) RGZ. Bd. 123 S. 295.

Die gleiche Vorstellung von der Bedeutung der Verschmelzung veranlaßte das Reichsgericht in einer späteren Entscheidung[1]), den Übergang einer so ausgesprochenen Vertrauensstellung wie die des Grundbuchvertreters (§ 1189 BGB.) von der übertragenden auf die übernehmende Gesellschaft zu bejahen. Es führt hierzu aus, bei der Bestellung einer AG. zur Grundbuchvertreterin „wird das entscheidende Gewicht nicht auf die Persönlichkeit ihrer Gesellschafter oder ihrer einem Wechsel ausgesetzten Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gelegt. Maßgebend ist vielmehr ihr Geschäftsbetrieb .... und ihr Kredit. Diese Umstände werden durch die Verschmelzung regelmäßig nicht berührt."

Damit ist das Entscheidende des körperschaftlichen Aktes der Verschmelzung hervorgehoben. Der Organismus des Rechtssubjektes bleibt.[2]) Er drückt hinfort demjenigen der übernehmenden Gesellschaften seinen Stempel ebenso auf, wie er umgekehrt von diesem beeinflußt und gekräftigt wird.

Als echter körperschaftlicher Akt unterscheidet sich die Fusion hierin vom Erbfall. Der Erbe tritt nur in die vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblassers ein. Dessen Leben, seine Schaffenskraft, kurz das Erwerbswesen Mensch geht mit dem Tode unter. Der Nachlaß ist nur eine Vermögensmasse, kein wirtschaftlich tätiger Organismus mehr. Anders bei der Verschmelzung. Hier lebt und arbeitet das Unternehmen der übertragenden Gesellschaft weiter. Genau so erfaßt Fischer[3]) den Fusionsvorgang, wenn er sagt, daß „die aufgelöste Korporation nicht sowohl untergeht als vielmehr in der erweiterten anderen Korporation aufgeht".

Es ist daher eine Verkennung des Wesens der Verschmelzung, wenn eine verbreitete Meinung[4]) sie hinsichtlich der übertragenden

---

1) RGZ. Bd. 150 S. 291.
2) A. M. Rehm in LZ. 1916 S. 584.
3) Fischer S. 417.
4) Staub-Pinner § 306 Anm. 14; RGZ. Bd. 150 S. 289; Goldschmidt, Fusion S. 73.

Gesellschaft dem Tode einer natürlichen Person gleichstellt. Mit der hier vertretenen Anschauung vom körperschaftlichen Nachleben als der eigentümlichen Wirkung der Verschmelzung ist sie unvereinbar.

Von Bedeutung wird dies für den Umfang der Gesamtrechtsnachfolge. In Ansehung von Rechten und Pflichten höchstpersönlicher Natur, die mit der Beendigung einer juristischen Person erlöschen, kann die Fusion unter keinen Umständen als Untergang auch nur einer der beteiligten Gesellschaften angesehen werden.[1])

Abgesehen davon, daß eine derartige Ansicht äußerst wirtschaftsfeindlich ist[2]), verkennt sie die Gründe, die für die Unvererblichkeit höchstpersönlicher Rechte sprechen.[3]) Regelmäßig sind sie im Hinblick auf die Persönlichkeit des Erblassers begründet worden und machen es deshalb verständlich, daß nicht ohne weiteres der Erbe an dessen Stelle treten kann. Diese Rücksichtnahme auf die Individualität des Vertragsgegners entfällt beim Vertragsschluß mit einer juristischen Person. Jeder Wechsel des Vorstandes und jede Änderung des Geschäftszweckes usw. kann tatsächlich den Schuldner höchstpersönlicher Rechte mehr beeindrucken, als es der bloße Übergang der Gesellschaft in eine andere bei der Verschmelzung vermag. Und doch fällt es niemand ein, im ersteren Fall die höchstpersönlichen Rechte untergehen zu lassen, während es im anderen Fall der Weisheit letzter Schluß sein soll.

Der Gesetzgeber hat sich inzwischen diesen dem Wesen der Verschmelzung allein gerecht werdenden Gedankengang zu eigen gemacht. Durch das Gesetz vom 13. 12. 1935[4]) ist bestimmt worden, daß ein Nießbrauch oder eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit bei der Gesamtrechtsnachfolge in das Vermögen juristischer Personen mit übergeht. Darin liegt die Anerkennung der besonderen Natur der Verschmelzung, die sie von der Gesamtrechtsnachfolge beim Erbfall unterscheidet.

---

1) Ebenso Szamatolski S. 19; Pander S. 44.
2) Blum, ZBlH. 27 S. 325.
3) Breit, ZHR. 95 S. 41.
4) RGBl. I 1935 S. 468.

§ 12.

Die Stellung der verschmolzenen Gesellschaften im Gesamtunternehmen.

Der wirtschaftlichen Bedeutung der Verschmelzung und ihrem Wesen wird nur eine Betrachtung gerecht, die das organische Fortleben der übertragenden Gesellschaft im Rahmen des Gesamtunternehmens anerkennt. Die gegenteilige Auffassung[1]) bleibt an dem rein äußerlichen Umstand kleben, daß formell die eine Gesellschaft den Mantel für das Fusionsunternehmen abgibt.

Auch mit der Verwendung jener aus der Betriebswirtschaft übernommenen Unterscheidung von „subordinierender" und „koordinierender" Fusion ist nichts gewonnen. Flechtheim[2]) hat allerdings den Versuch gemacht, diesen Begriff für das Verschmelzungsrecht fruchtbar zu machen. Er will für Vertragsschwierigkeiten nur dann auf die Verhältnisse der übertragenden Gesellschaft eingehen, wenn ihr Zuwachs eine anorganische Erweiterung der übernehmenden Gesellschaft bewirke.

Die Bestimmung aber, ob eine organische oder anorganische Entwicklung der übernehmenden Gesellschaft durch die Verschmelzung eintritt, wird sich nie befriedigend treffen lassen. Die Praxis zeigt, daß es oft nur von Äußerlichkeiten abhängt, welche von den beteiligten Gesellschaften als Aufnahmebecken gewählt wird. Oft werden reine Zufälligkeiten hierfür bestimmend sein, zumal wenn, wie bei der Verschmelzung zur I.G.Farben-Industrie-A.G., gleichzeitig eine neue Firmenbezeichnung gewählt wird.[3]) Auch die kapitalmäßige Größe der beteiligten Unternehmen ist nicht immer ausschlaggebend für die Wahl der übernehmenden Gesellschaft. So berichtet Flechtheim[4]) von einer Fusion, bei der die übertragende Gesellschaft ein

---

1) Staub-Pinner § 306 Anm. 14; Kohler a.a.O. S. 316.
2) Flechtheim, JW. 1927 S. 1063.
3) Rosendorff S. 57.
4) Flechtheim, JW. 1927 S. 1065.

Kapital von 24 Mill. Mark besaß, während die übernehmende nur ein Grundkapital von 600 000 Mark hatte.

Ganz kraß tritt die Unhaltbarkeit der Meinung vom Tode und Untergang der übertragenden Gesellschaft zutage, wenn diese als Unternehmen allein weiter am Leben bleibt, während der Betrieb der übernehmenden Gesellschaft stillgelegt und ihre Produktion auf die übertragende Gesellschaft verlegt wird.[1])

Entscheidet somit vom wirtschaftlichen Standpunkt lediglich die innere Stärke der an der Verschmelzung beteiligten Unternehmen die Wahl des Fusionsmantels, so erscheint hinsichtlich der aus der Gesamtrechtsnachfolge entstehenden Probleme es nicht angängig, zwischen den beiden Unternehmen rechtlich zu unterscheiden.[2]) Diese Ansicht findet nunmehr auch ihre rechtliche Stütze. Die Zulassung der Verschmelzung im Wege der Neubildung, die nach dem Willen des Gesetzgebers der Vermeidung unfruchtbarer Streitigkeiten über die Person der übernehmenden Gesellschaft dienen soll, zeigt, daß die formelle Konstruktion nicht überschätzt werden darf. Bei einer Fusion auf diesem Wege entfällt von vorneherein eine Unterscheidung zwischen Rechtsverhältnissen der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft. Alle Verschmelzungsgesellschaften rücken gleichmäßig in die Stelle einer aufnehmenden Gesellschaft, so daß auch rein äußerlich keine Priorität der einen vor der anderen zu sehen ist. Dasselbe muß wegen der Gleichartigkeit des Rechtsgrundes und der wirtschaftlichen Identität für die Verschmelzung durch Aufnahme gelten. Durch den Eintritt der einen Gesellschaft in die Rechtsverhältnisse der anderen werden diese genau so dem Gesamtunternehmen zugehörig, wie es die der aufnehmenden Gesellschaft bleiben.[3])

---

1) Ebenso Goldschmidt S. 82.

2) Vgl. die Fusion Norddeutsche Zuckerraffinerie Frellstedt — Zuckerraffinerie Braunschweig. Leipziger Neueste Nachrichten 1939 Nr. 71.

3) Vgl. Pander S. 45.

II. TEIL.

Einwirkung der Verschmelzung auf Dauerverträge.

§ 13.

Das Problem der elastischen Dauerverpflichtungen.

Die der übertragenden Gesellschaft zugehörigen Rechtsverhältnisse gehen grundsätzlich im gleichen Umfang, wie sie bei ihr bestanden, im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft über. Das gilt auch für Rechte und Pflichten höchstpersönlicher Natur, bei denen ihre Verknüpfung mit dem fortlebenden Organismus des übertragenden Unternehmens den Übergang rechtfertigt.[1])

Das eigentliche Fusionsproblem liegt aber nicht in der Frage, ob die Universalsukzession eintritt, sondern wie sie sich auf die ihr unterliegenden Rechtsbeziehungen auswirkt. Freilich taucht diese Schwierigkeit nicht bei Ansprüchen und Verpflichtungen auf, die ihrem Inhalt nach eindeutig bestimmbar und unveränderlich sind. Die Erfüllung einer Schuld von 1000 Reichsmark und die Durchsetzung eines Anspruches auf Lieferung einer bestellten Maschine, die beide auf das Gesamtunternehmen durch die Verschmelzung übergegangen sind, ist für das Gesamtunternehmen nicht schwieriger, als es für die Rechtsvorgängerin war.

Neben dieser im allgemeinen auf vertraglicher Grundlage beruhenden Gruppe starrer Rechte und Pflichten spielt im Leben der an einer Verschmelzung beteiligten Industrie- und Handelsunternehmen jene der elastischen Verbindlichkeiten eine sehr bedeutsame Rolle. Ihrer Natur nach kann es sich dabei sowohl um Leistungs- wie um Unterlassungspflichten handeln.[2]) Bei ihnen bestimmt sich der Forderungsinhalt nicht nach einer objektiven, wäg- und meßbaren Größe.

---

1) Vgl. oben § 11.
2) Goldschmidt S. 78.

Der Inhalt ist vielmehr von einem veränderlichen Faktor abhängig, dem Umfang des Betriebes, der Höhe des Umsatzes, der Menge der Erzeugung usw. Es handelt sich dabei um die Fülle von Kartellverträgen, Wettbewerbsvereinbarungen, Lizenz- und Patentverträgen, Meistbegünstigungsabmachungen, Rückversicherungsverträgen usw., von denen bei einer Verschmelzung in der Regel jede der beteiligten Gesellschaften ein ganzes Paket in das neue Gesamtunternehmen einbringt. Während nun bei der Gruppe der starren Rechte deren Erfüllung durch ihren Übergang auf die übernehmende Gesellschaft in keiner Weise beeinflußt wird, tritt bei den elastischen Verträgen durch die Vereinigung der beiden Unternehmen eine solche Veränderung der beweglichen Faktoren, also des Betriebes, des Umsatzes, der Geschäftsbeziehungen usw., ein, daß notwendigerweise der Leistungsinhalt ein völlig anderer wird. Es ist damit eine Entwicklung eingetreten, die mit der den Parteien beim Vertragsschluß vorschwebenden organischen Veränderung ihrer Rechtsverhältnisse nicht in Einklang zu bringen ist, da — von diesem Standpunkt aus gesehen — die Verschmelzung immer etwas Unorganisches ist.

Die Gesamtrechtsnachfolge in diese „Verträge mit entwicklungsfähigem Inhalt", wie sie Kipp[1]) treffend genannt hat und die von Szamatolski[2]) als „elastische Dauerverpflichtungen" charakterisiert werden, kann noch weitere Schwierigkeiten im Gefolge haben. Nicht nur braucht sich ihr Inhalt in einer vertraglich nicht vorgesehenen Weise gewandelt zu haben, sondern sie können im Schoße des Fusionsunternehmens mit ähnlichen Vertragsbeziehungen des Partners so zusammentreffen, daß ihrer beider Erfüllung schlechthin ausgeschlossen ist. Das streng durchgeführte Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge verpflichtet aber jeden Vertragsgegner nunmehr gegenüber der vereinigten Gesellschaft, ohne daß diese sich ihnen gegenüber nur hinsichtlich des einen oder des anderen Vertrages oder auch nur im beschränkten Umfang für gebunden halten darf. Die Erfüllung wird

1) Kipp, JW. 1927 S. 2065.
2) Szamatolski a.a.O. S. 30.

dann zu einem Kollisionsproblem, das den Beteiligten die größten Schwierigkeiten bereitet, falls die Parteien sich nicht gütlich einigen.

§ 14.

Die Grundlagen der richterlichen Lösung.

Nachdem sich erstmalig das Reichsgericht[1]) im Jahre 1917 mit dem angedeuteten Problem beschäftigt und den auch späterhin festgehaltenen Grundsatz von der „Fixierung der Leistungspflicht" aufgestellt hat, ist seine Behandlung in der Literatur nicht mehr zum Ruhen gelangt. Zu nennen sind hier insbesondere die Arbeiten von Flechtheim[2]), Friedländer[3]), Breit[4]), Goldschmidt[5]) u. Szamatolski[6]).

Die Verträge mit entwicklungsfähigem Inhalt sind in ganz besonderem Maße den Grundsätzen von Treu und Glauben unterworfen. Es ist daher verständlich, daß Judikatur und Literatur versuchten, mit Hilfe der Vorschrift der §§ 157, 242 BGB. hier zu helfen. Die Schwierigkeit, vermittels dieser Lehre zu einem die Fusionsgesellschaft wie die am Vertrag beteiligten Dritten befriedigenden Ausgleich der Vertragsschwierigkeiten zu gelangen, besteht darin, daß mit einer Auslegung der bestehenden Beziehungen nichts zu erreichen ist.

Für die im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung des § 157 BGB. bleibende Interpretation fehlen die Voraussetzungen: Eine Aufdeckung des mutmaßlichen Parteiwillens kann nur dann von Bedeutung sein, wenn die Vertragsbeziehungen als solche unberührt bleiben und nur ein einzelner Punkt ergänzungsbedürftig ist. Es muß also „der Vertrag innerhalb seines tatsächlich gegebenen Rahmens oder innerhalb der getroffenen Vereinbarungen eine Lücke aufweisen".[7])

---

1) RGZ. Bd. 89 S. 354.
2) Flechtheim, Fusion u. Dauerverpflichtung, JW. 1927 S. 1060 ff.
3) Friedländer, Konzernrecht S. 93 ff.
4) Breit, Fusion u. Aktienrechtsreform, ZHR. 95, 337 ff.
5) Goldschmidt, Fusion S. 75 ff.
6) Szamatolski, Fusion u. elastische Dauerverpflichtungen.
7) RGRK. § 157 Anm. 1.

Die Verschmelzung aber verschiebt auf Seiten der sich vereinigenden Gesellschaften die wirtschaftlichen und tatsächlichen Grundlagen der Verträge derart, daß nur eine Neugestaltung die Verwirrung beseitigen kann.[1])

Die nach bisherigem Recht gemachten Versuche, die durch die Verschmelzung entstandenen Vertragsschwierigkeiten zu beheben, strebten deswegen über die unzulängliche „Lückenausfüllung“[2]) zur Abänderung des Vertragsinhaltes hin, um diesen den neuen Verhältnissen anzupassen. Für ein derartiges rechtsänderndes Eingreifen fehlte es indes an der gesetzlichen Ermächtigung. Jedenfalls bietet die Vorschrift der §§ 157 und 242 BGB. hierzu keine Grundlage[3]), und es ist mit den zivilprozessualen Grundsätzen unvereinbar, auf sie ein Gestaltungsurteil zu gründen.[4])

Während Leistungs- und Feststellungsklagen rechtsbezeugender Natur sind,[5]) ist die Gestaltungsklage rechtserzeugender Natur und weist dem Richter damit verwaltende Tätigkeit zu. Die herrschende Lehre[6]) hält sie deshalb nur dann für zulässig, wenn die Gestaltungsklage auf einer ausdrücklichen Ermächtigung beruht.

Einem Vorschlag der Akademie für Deutsches Recht folgend[7]), hat deshalb das Aktiengesetz in § 240 Abs. 3 und § 247 Abs. 5 die Voraussetzung für das konstitutive Eingreifen in die entstandenen Vertragsschwierigkeiten geschaffen.

Es heißt dort gleichlautend:

„Treffen dabei (bei der Verschmelzung) aus gegenseitigen Verträgen, die zur Zeit der Verschmelzung von keiner Seite vollständig erfüllt sind, Abnahme-, Lieferungs- oder ähnliche Verpflichtungen

---

1) Ebenso Breit a.a.O. S. 339.
2) Lehmann a.a.O. S. 209.
3) RGZ. Bd. 87 S. 213; Bd. 129 S. 88.
4) Breit a.a.O. S. 339.
5) Baumbach Anm. 2 vor § 253 ZPO.
6) Stein-Jonas II, 3 vor § 253.
7) Z.Akad. f. DR. 1935 S. 258.

zusammen, die miteinander unvereinbar sind oder die beide zu erfüllen eine schwere Unbilligkeit für die übernehmende Gesellschaft bedeuten würde, so bestimmt sich der Umfang der Verpflichtungen nach Billigkeit unter Würdigung der vertraglichen Rechte aller Beteiligten."

Damit ist eine Bestimmung getroffen, die dem Richter eine ähnliche Tätigkeit zuweist, wie es nach §§ 315, 319 BGB. der Fall ist. Das Urteil, das dort die Leistung des Schuldners bestimmt, ist nach einhelliger Meinung ein Gestaltungsurteil.[1]) Der gleichen Rechtsnatur ist das Urteil, das die Bestimmungen des Vertragsinhaltes nach § 240 Abs. 3 und § 247 Abs. 5 AktGes. zum Ziele hat.[2]) Unter Wahrung der Interessen der Beteiligten soll die Klage den „Umfang der Verpflichtungen" den neuen Verhältnissen anpassen, d. h. soweit erforderlich ändern. Damit ist ihr eine Funktion zugewiesen, die über die der deklaratorischen Wirkung weit hinausgeht. Deswegen kann sie keine Feststellungsklage sein, wie Baumbach[3]) meint, sondern sie ist eine echte Gestaltungsklage.[4])

Die Zuständigkeit beschränkt sich für diese Klage nach dem Willen des Gesetzes auf eine Anpassung der zusammenstoßenden Verträge an die durch die Fusion entstandene Lage. Es muß also immer das Wesen der Verträge gewahrt bleiben.

Die Ansicht Schlegelberger-Quassowskis[5]), über eine Abänderung des Vertragsinhaltes hinaus könne gegebenenfalls einer der kollidierenden Verträge ganz aufgehoben werden, muß daher als zu weitgehend abgelehnt werden.[6]) Das Eingreifen des Richters soll doch gerade im Interesse der Erhaltung aller Vertragsbeziehungen die den Parteien nach allgemeinen Grundsätzen sowieso zustehende Möglich-

---

1) Vgl. Staudinger § 315 IV 2.

2) Ebenso Schlegelberger-Quassowski § 240 Anm. 21, Ritter § 240 Anm. 4.

3) Baumbach § 140 Anm. 3E.

4) Ritter § 240 Anm. 4.

5) A.a.O. § 240 Anm. 22.

6) Ebenso Ritter § 240 Anm. 4.

keit der Kündigung aus wichtigem Grunde mit ihren Schadensersatzfolgen ausschalten. Läßt man aber nach § 240 Abs. 3 und § 247 Abs. 5 AktGes. auch die Aufhebung eines Vertrages zu, so wird hierdurch gerade die in den genannten Bestimmungen eröffnete Möglichkeit des Interessenausgleiches nicht genutzt.

Die genannten Vorschriften ergreifen ihrem Wortlaut nach nur die Fälle der Vertragskollisionen. Da sie aber ein allgemeines Prinzip verkörpern, haben sie nach einhelliger Meinung[1]) darüber hinaus auch auf die gleichliegenden Vertragsschwierigkeiten elastischer Dauerverpflichtungen Anwendung zu finden.

Damit ist der Weg zu einer wirklich fruchtbaren Lösung und Neugestaltung der für elastische Dauerverpflichtungen aus Anlaß von Verschmelzungen entstehenden Schwierigkeiten eröffnet. Für die Lösung freilich konnte der Gesetzgeber bei der Vielzahl der vertraglichen Beziehungen keine unmittelbaren Anhaltspunkte geben. So schwer es deshalb auch ist, allgemein-verbindliche Grundsätze für die notwendige Entscheidung aufzustellen, so muß doch immer beachtet werden, daß es sich um ein spezifisches Verschmelzungsproblem handelt. Nur aus der richtigen Erkenntnis vom Wesen der Verschmelzung als körperschaftlicher Vereinigung zweier Gesellschaften und der organischen Fortexistenz der an ihr beteiligten Unternehmen kann eine Lösung gefunden werden, die den Besonderheiten des Falles gerecht wird.

Für die wissenschaftliche Erörterung des ganzen Fragenkreises sind methodisch zwei Wege gangbar: Einmal die Untersuchung einer Vielzahl von Einzelfällen, um zu versuchen, aus ihnen das Gemeinsame herauszufinden und in allgemeingültige Regeln zusammenzufassen. Diesen Weg, der eine außerordentliche praktische Kenntnis der Dinge voraussetzt, sind Flechtheim[2]) und Friedländer[3]) gegangen. Ob das Ergebnis ihrer kasuistischen Methode befriedigt, darf aber

---

1) Schlegelberger-Quassowski § 240 Anm. 17.
2) Flechtheim, Fusion u. Dauerverpflichtungen, JW. 1927 S. 1060 ff.
3) Friedländer, Konzernrecht S. 93 ff.

füglich bezweifelt werden, da sie einen einheitlichen Grundsatz aufzustellen nicht in der Lage waren.[1]) Fruchtbarer erscheint daher der Versuch der Anwendung der allgemein für das Wesen der Verschmelzung gefundenen Grundsätze auf den Einzelfall, d. h. die kritische Überprüfung, inwieweit eine Lösung den Sonderheiten der Verschmelzung und den Bedürfnissen der Parteien gerecht wird. Erwägt man, daß auch künftighin die zur Entscheidung von Vertragsschwierigkeiten berufenen Stellen auf die bisherigen Lösungsversuche, insbesondere auf die vom Reichsgericht aufgestellte Lehre von der „Fixierung der Vertragspflichten", zurückgreifen werden, so wird eine kritische Betrachtung dieser Ergebnisse auf ihre Vereinbarkeit mit den Eigentümlichkeiten der Fusion am ehesten weiterführen.

§ 15.

Die Lösungsversuche auf dem Boden der Gesamtrechtsnachfolge und die reichsgerichtliche Rechtsprechung.

I. Ehe noch ein praktisches Bedürfnis Anlaß zur Beschäftigung mit der Frage der Vertragsschwierigkeiten bei Fusionen gegeben hatte, befaßte sich schon Kohler[2]) 1914 mit den aus der Gesamtrechtsnachfolge erwachsenden Problemen. Er steht auf dem Boden der korporativen Vereinigung der Gesellschaften und kommt daher zu dem Ergebnis, daß ein Recht, „sei es gegenüber der Anwachsungs-, sei es gegenüber der Stammpersönlichkeit, nunmehr gegenüber der Gesamtpersönlichkeit" in vollem Umfang bestehe.[3]) Speziell für die Rechtsbefugnisse elastischer Natur verneint Kohler, daß die Fusion „eine Schranke bewirkt", und führt weiter aus: „Eine Beschränkung überhaupt wäre nur gerechtfertigt aus Gründen des Sachkörperrechtes, soweit die Rechte und Verbindlichkeiten durch die Endlichkeit der Körpernatur einer Begrenzung unterliegen."[4]) Grundsätzlich in

1) Zustimmend: Goldschmidt S. 79.
2) Kohler, Arch. bürg. Recht Bd. 40 S. 309 ff.
3) Kohler a.a.O. S. 317.
4) Kohler a.a.O. S. 316

der gleichen Richtung bewegt sich Kipp.[1]) Er hält es für untragbar, daß bei der Fusion von dem strengen Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge abgewichen werden könne, nur weil unter Umständen die Fusionsgesellschaft in Vertragsschwierigkeiten hineingerate. Die Untrennbarkeit der zusammenschließenden Verträge müsse zu Lasten des Verpflichteten gehen: „Wenn eine Handlung erlaubte und unerlaubte Elemente in untrennbarer Mischung enthält, so muß sie ganz als unerlaubt angesehen werden".[2])

Richtig an dieser Meinung ist, daß eine Beschränkung oder Veränderung von Rechten und Pflichten als Folge der Verschmelzung der konsequenten Durchführung der Universalsukzession widerspricht. Zweifellos richtig ist auch der daraus gezogene Schluß, die Fusionsgesellschaft müsse diese Folgen vertreten und gegebenenfalls Schadensersatz wegen verschuldeter Unmöglichkeit leisten.[3])

Trotz alledem bleibt das auf dem Boden der vorbehaltlosen Durchführung der Gesamtrechtsnachfolge erwachsene Ergebnis höchst unbillig und unbefriedigend. Auch der Hinweis, daß der Erbe durch Annahme der Erbschaft in eine ähnliche Lage geraten könne[4]), verfängt nicht gegenüber der Tatsache, daß einem Prinzip zuliebe gegebenenfalls eine volkswirtschaftlich erwünschte Verschmelzung nicht zustandekommen kann.

Die Vergrößerung der übernehmenden Gesellschaft durch die übertragende bedeutet für deren Vertragskontrahenten eine durch nichts gerechtfertigte und beim Vertragsschluß nicht in den Kreis der Erwägungen gezogene Verbesserung ihrer Rechtslage. Diese Besserstellung ist für die Fusionsgesellschaft im allgemeinen gleichbedeutend mit einer schweren Unbilligkeit i.S. des § 240 Abs. 3 AktGes. Denn

---

1) Kipp, JW. 1926 S. 1890.
Ebenso Staub-Pinner 10./11. Aufl. § 306 Anm. 13; anders dagegen 14. Aufl. § 306 Anm. 13.
2) Kipp, JW. 1928 S. 1890.
3) Flechtheim, JW. 1917 S. 469; v. Miltner, LZ. 1916 S. 442.
4) Kipp, JW. 1926 S. 1890.

das nunmehr nach dem Willen der Verfechter einer konsequenten Durchführung der Gesamtrechtsnachfolge dem Dritten verhaftete Gesamtunternehmen ist doch nichts anderes als die Summe der beiden an der Fusion beteiligten Gesellschaften. Die Einbeziehung der elastischen Verpflichtungen der übertragenden Gesellschaft in die elastischen Verpflichtungen der übernehmenden Gesellschaft ist für diese eine schwere Unbilligkeit und damit auch für das Gesamtunternehmen.

II. Das Reichsgericht hat sich diesen wirtschaftsrechtlichen Erwägungen nicht entzogen. Deshalb suchte es einen anderen Weg, um für diese Fälle der Fusionsschwierigkeiten trotz der Gesamtrechtsnachfolge eine Erstreckung der Verpflichtungen auf das Gesamtunternehmen zu vermeiden.

Mit dem Urteil vom 30. 1. 1917 in Sachen der Gesellschaft für Teerverwertung mbH. Duisburg wider die Deutsch-Luxemburgische Bergwerks- und Hütten-AG.[1]) wurde die seitdem nicht mehr verstummte Erörterung zum Problem der Vertragsschwierigkeiten eröffnet. Die gleichzeitig gefundene Lösung wurde der Angelpunkt späterer Erkenntnisse.

Dem Reichsgericht lag folgender Tatbestand zur Entscheidung vor:

Die Gesellschaft für Teerverwertung, ein Syndikat, das sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Teer und anderen Kokerei-Nebenprodukten befaßt, hat seine Gesellschafter vertraglich verpflichtet, ihren gesamten Anfall an diesen Erzeugnissen einer gemeinsamen Vertriebsstelle abzuliefern. Syndikatsgesellschafter war u. a. die A.G. für Bergbau, Eisen- u. Stahlindustrie Union in Dortmund, die späterhin von dem Syndikatsaußenseiter Deutsch-Luxemburg. A.G. im Wege der Fusion aufgenommen wurde. Nunmehr entstand Streit über den Umfang der Lieferpflicht. Während Deutsch-Lux. nur die Produktion des aufgenommenen Syndikatsmitgliedes abliefern wollte, verlangte das Syndikat die Ablieferung sämtlicher Teer-

[1]) RGZ. Bd. 89 S. 354 ff. = JW. 1917 S. 469.

produkte der Beklagten, aus welchen Werken auch immer diese entstammen mögen.

Ausgehend von dem strengen Prinzip der Universalsukzession[1]) gaben die beiden Vorderinstanzen der Klage statt. Das Reichsgericht hob das Urteil auf und erkannte gemäß dem Widerklageantrag auf eine Beschränkung der Lieferpflicht auf die ehemaligen Syndikatswerke. Es führt hierzu aus[2]):

„Das, was die Beklagte nach Ansicht des Oberlandesgerichtes leisten soll, geht über die Lieferpflicht ... weit hinaus. ... Sie ist Gesellschafterin der Klägerin geworden. Allein sie ist es geworden als Rechtsnachfolgerin der Union und an deren Stelle, gerade so, wie wenn sie die Anlagen und den Geschäftsanteil der Union durch Erwerb im Wege der Sondernachfolge an sich gebracht hätte. Daß der Erwerb durch liquidationslose Verschmelzung, mithin durch Gesamtrechtsnachfolge geschah, begründet keinen Unterschied. In beiden Fällen ... scheidet das frühere Mitglied aus der Gesellschaft aus und indem es ausscheidet, wird der Umfang seiner Lieferpflicht abschließend bestimmt. Von nun an ist ihm eine Erweiterung der Verpflichtung durch Hinzuerwerb von Anlagen ebenso unmöglich wie eine Verringerung durch Veräußerung oder durch Stillegung von Werken. Weil aber hiermit eine Fixierung der Lieferpflicht stattgefunden hat, kann auch nur dieser Umfang der Pflicht, so wie er endgültig festgelegt ist, für den Rechtsnachfolger maßgebend sein."

In einem späteren Urteil[3]) in Sachen des gleichen Syndikates führt das Reichsgericht unbeeindruckt von den Angriffen[4]) gegen sein Prinzip der Fixierung der Lieferpflicht hierzu noch weiter aus:

„Durch die Fusion wurde die Beklagte Gesamtrechtsnachfolgerin der früheren Gesellschafterin der Klägerin. Diese ging unter. Ihr

---

1) Vgl. oben I.

2) RGZ Bd. 89 S. 356 f.

3) RGZ. Bd. 108 S. 25 = JW. 1927 S. 627.

4) Vgl. Flechtheim, JW. 1917 S. 469, allerdings vorwiegend aus kartellrechtlichen Gründen. Ebenso Staub-Pinner § 306 Anm. 14.

Betrieb erlitt durch den Übergang auf die Beklagte keine Vergrößerung, vergrößert wurde allein der Betrieb der Beklagten .... Mag deshalb auch die Sonderleistungspflicht, die auf die Beklagte im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergegangen ist, an sich keine absolut bestimmte, sondern eine wandelbare sein, so trat durch die Gesamtrechtsnachfolge trotzdem eine Fixierung der Sonderleistungspflicht der früheren Gesellschafterin ein ...".

Schließlich ist noch ein drittes reichsgerichtliches Urteil zu dem vorliegenden Fragenkreis von Bedeutung.[1]) Es berührt den Einfluß der Verschmelzung auf die Wettbewerbsvereinbarung einer verschmolzenen Elektrizitätsgesellschaft. Das Reichsgericht stützt sich hier wiederum ausdrücklich auf den schon in vorgenannten Entscheidungen entwickelten Grundsatz: „Danach bestimmt sich der Umfang einer durch Fusionsvertrag übernommenen Lieferungsverpflichtung abschließend nach dem Zeitpunkt der Verschmelzung, so daß er durch spätere Änderungen des Betriebes nicht berührt wird. Was in dieser Richtung für Lieferungsverpflichtungen gilt, findet auch auf Unterlassungspflichten Anwendung."

Zustimmung hat diese Lehre gefunden bei Friedländer[2]) — wenn auch lediglich aus kartellrechtlichen Erwägungen — und Brodmann[3]). Dieser will „unter Festhaltung des Standpunktes des Reichsgerichtes als dem Grundsätzlichen Entscheidungen von Fall zu Fall treffen".

So begrüßenswert der in den genannten Erkenntnissen gemachte Versuch ist, von den wirtschaftsfeindlichen Folgen der Verhaftung des Gesamtunternehmens um jeden Preis abzuweichen und durch eine anderweitige Lösung den tatsächlichen Interessen der Parteien gerecht zu werden, so unhaltbar ist das aufgestellte Prinzip. Zunächst einmal war auf dem Boden des Handelsgesetzbuches der Satz von der Fixierung der Vertragspflicht gar nicht haltbar. Er ist schlechterdings mit

---

1) RG. in JW. 1926 S. 1809.
2) Friedländer, Konzernrecht S. 101.
3) Brodmann, Aktienrecht § 306 Anm. 1 b.

dem Wesen der Gesamtrechtsnachfolge unvereinbar[1]), weil die aufnehmende Gesellschaft in die gleiche rechtliche Lage wie die übertragende eintritt und bei dieser Kennzeichen des Vertrages dessen Elastizität war.[2]) In Wirklichkeit ist es ein bloßer Kunstgriff des Reichsgerichts, mit der unbewiesenen Prämisse von der Fixierung der Vertragspflicht in den starren Grundsatz der Universalsukzession einzubrechen und damit gestaltend auf die Beziehungen der Parteien einzuwirken. Man darf sicher mit Breit[3]) annehmen, daß das Reichsgericht von der Unbegründetheit seines Vordersatzes überzeugt war und nur deshalb dazu seine Zuflucht nahm, weil ihm das offene Eingeständnis eines Gestaltungsurteils — ohne gesetzliche Ermächtigung — allzu kühn erschien.

Schwerer als dieser dogmatische — und heute wegen der Bestimmung des § 240 Abs. 3 AktGes. gegenstandslos gewordene — Einwand fällt aber ins Gewicht, daß das Reichsgericht in denselben Fehler wie die von ihm abgelehnte Lehre verfallen ist, wenn auch mit umgekehrten Vorzeichen: Die Lehrmeinung, die für die unnachsichtliche Durchführung der Gesamtrechtsnachfolge eintritt, betont damit einseitig die Rechte der Vertragspartner zu Lasten der sich vereinigenden Gesellschaften. Umgekehrt bewirkt die vom Reichsgericht vorgenommene Fixierung der Leistungspflicht der Verschmelzungsgesellschaft eine ebensolche Schlechterstellung ihrer Vertragsgegner, weil sie nunmehr von der organischen Fortentwicklung ihrer Rechtsverhältnisse im Rahmen der allgemeinen Entwicklung durch die „Sterilisierung" der Vertragsbeziehungen ausgeschlossen werden.

Beide Lösungsversuche verfallen in den entscheidenden Irrtum, daß sie den Besonderheiten der Verschmelzung als körperschaftlichem Vereinigungsvorgang nicht gerecht werden. Das entscheidende Merkmal der Fusion liegt darin, daß die übertragende wie die übernehmende Gesellschaft im neuen Gesamtunternehmen weiterleben und

---

1) Vgl. Kohler a.a.O. S. 316.
2) Breit a.a.O. S. 353.
3) Breit a.a.O. S. 353.

wirken und demgegenüber die Frage, wer den „Mantel" dafür abgibt, nur von formalrechtlicher Bedeutung ist. Unvereinbar hiermit ist es, die Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft von der Weiterentwicklung des Gesamtunternehmens auszuschließen, indem sie endgültig festgelegt werden. Da fusionsrechtlich gesehen die übertragende wie die übernehmende Gesellschaft gleichwertig sind, ist es nicht angängig, die Verträge der einen zu fixieren und die der anderen weiter entwicklungsfähig sein zu lassen. Ein Ergebnis also, das je nachdem, wer Aufnahmegesellschaft wird, anders lauten müßte.[1])

§ 16.

Die Stellungnahme des Kammergerichtes und deren Fortentwicklung.

Den ersten Schritt in Richtung einer die Eigenarten der Fusion berücksichtigenden Lösung des Problems elastischer Dauerverpflichtungen hat das Kammergericht mit dem Urteil vom 22 6. 1926 getan.[2]) Der Kläger beanspruchte von der Großberliner Straßenbahngesellschaft als Gesamtrechtsnachfolgerin einer mit ihr verschmolzenen Straßenbahngesellschaft Beteiligung am Reingewinn, der ihm als Altbesitzer von Obligationen der übertragenden Gesellschaft nach dem Aufwertungsgesetz zustand. Die Beklagte führte demgegenüber u. a. aus, die Gewährung dieser Rechte sei praktisch unmöglich, weil zusammen 12 Gesellschaften vereinigt worden seien. Die seitdem durchgeführte Betriebszusammenlegung verhindere es, festzustellen, welche Anteile des Gewinnes auf den vormaligen Betrieb der ursprünglichen Obligationenschuldnerin falle. Demgegenüber erklärte das Kammergericht[3]):

„Sachliche Voraussetzung des Genußrechtes ist nur der Fortbestand des Unternehmens.... Dazu erscheint es nicht unbedingt erforderlich, daß es noch in seiner Selbständigkeit erhalten ist. Das alte Unternehmen, das mit einem anderen zu einem neuen vereinigt

---

1) Flechtheim, JW. 1927 S. 1067.
2) KG. in JW. 1926 S. 2701.
3) KG. in JW. 1926 S. 2702.

wird, kommt wirtschaftlich, insbesondere für die Gläubiger, einer seiner Bedeutung entsprechenden Beteiligung am neuen Unternehmen gleich... Das Unternehmen haftet dem Gläubiger in seinem wechselnden Bestande und mit seiner fortschreitenden Entwicklung. Hat also nach der Verschmelzung desselben mit anderen das neue Unternehmen die Linienführung geändert, so verbleibt es doch bei derjenigen Beteiligung für die Gläubiger der alten Bahn, die dem Verhältnis ihres Wertes zum neuen Unternehmen im Augenblick der Vereinigung entspricht."

Mit der anteilsmäßigen Beteiligung am Gewinn der Fusionsgesellschaft ist den Interessen des Gläubigers gedient, ohne daß daraus für den Schuldner eine unbillige Belastung entsteht. Nicht einzusehen ist, weshalb Heymann[1]) Gesellschaften, die Genußscheine ausgegeben haben, von einer Verschmelzung ausschließen will. Seine Meinung, sie müßten wegen der besonderen Art ihrer Verpflichtungen notwendigerweise erst liquidieren, um die Genußscheingläubiger zu befriedigen, beruht auf der irrtümlichen Annahme, für derartige Rechte lasse sich am Gesamtunternehmen keine entsprechende Beteiligung feststellen.[2])

Den Gedanken der entsprechenden Beteiligung hat dann Flechtheim aufgenommen[3]) und ausgebaut. Die Elastizität des Vertrages sucht er zu wahren, indem er[4]) im Gegensatz zum Reichsgericht nicht die Erzeugungsstätte, sondern das Erzeugungsverhältnis für maßgeblich hält. Dieses soll in einer Quote, berechnet auf den Stichtag der Verschmelzung, seinen Niederschlag finden. Auf dieser Grundlage soll dann hinfort die Erfüllung der elastischen Verbindlichkeiten geschehen.

Damit ist die Richtung gewiesen, in der sich die Entscheidung von Vertragsschwierigkeiten zu bewegen hat: Unter Wahrung der

---

1) Heymann, ZHR. 92, 292.
2) Zustimmend: Goldschmidt a.a.O. S. 89, 90.
3) Flechtheim, JW. 1927 S. 1060 ff.
4) Flechtheim, JW. 1927 S. 1066.

Elastizität der Rechtsverhältnisse müssen diese so beschränkt werden, daß keinem der Vertragspartner aus der Verschmelzung ein ungerechtfertigter, weil nicht im Rahmen der normalen Entwicklung lieliegender, Vorteil entsteht.

Wie die zweckentsprechende Neugestaltung der Parteibeziehungen im Einzelfall zu erfolgen hat, läßt sich nur von Fall zu Fall bestimmen. Schon eine Verallgemeinerung des Flechtheim'schen Vorschlages der Quotierung ist gefährlich. Die ihr zugrunde liegende einseitige Abstellung auf die Produktion wird bei Wettbewerbsvereinbarungen, Preiskonventionen und überhaupt bei allen Unterlassungspflichten zweckwidrig sein. Hier muß man den Vertragsschwierigkeiten durch Einführung von Referenzperioden, Gebietsabgrenzungen und ähnlichen elastischen Beschränkungen zu steuern versuchen.

Besonders für das Gebiet der Vertragskollisionen muß unter Wahrung der beiderseitigen Interessen eine Lösung gefunden werden, die bis zum Ablauf eines der Verträge deren Erfüllung gewährleistet. Das bedeutet freilich, daß dem einheitlichen Fusionsunternehmen ein und dieselbe Handlung zugleich erlaubt und verboten sein kann. Das entspricht aber durchaus dem Sinn der Vorschrift des § 240 Abs. 3 AktGes., der bestimmt, daß für Verpflichtungen, „die miteinander unvereinbar sind ..., der Umfang der Verpflichtungen nach Billigkeit zu bestimmen ist". Das Gesetz sieht also vor, daß beide Verträge zu erfüllen sind. Vergegenwärtigt man sich, daß § 240 Abs. 3 AktGes. das Ventil für den Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge darstellt, um in Fällen der wirtschaftlichen Billigkeit von ihm abzuweichen, so verliert dieses Ergebnis seinen Widerspruch[1]). Für den speziellen Fall darf deshalb der Richter eine Lösung treffen, die unter Umständen hinsichtlich eines Vertrages die Verschmelzung der Gesellschaften völlig unbeachtlich bleiben läßt.

Als letzter Ausweg bleibt den Parteien in allen Fällen die Kündigung ihrer Vertragsbeziehungen aus wichtigem Grunde. Deren Zu-

---

1) Ablehnend Kipp, JW. 1927 S. 2065.

lässigkeit ist für Dauerschuldverhältnisse von Judikatur und Literatur anerkannt.[1]) Für den dem Vertragsgegner daraus entstehenden Anspruch auf Schadensersatz[2]) ist es von Bedeutung, daß die Verschmelzung ein von den beteiligten Gesellschaften zu vertretender Umstand ist. Die Fusion als solche ist freilich keine unerlaubte Handlung; da sie aber den Rahmen der Vertragsbeziehungen durch Bewirkung überobligationsmäßiger Schwierigkeiten[3]) sprengt, ist sie demnach eine zum Schadenersatz verpflichtende Handlung.[4]).

Von Bedeutung bleibt schließlich noch die Frage, ob einer der Vertragsparteien die Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund auch gegenüber der durch Richterspruch erfolgten Neugestaltung ihrer Beziehungen gegeben ist. Das ist zu bejahen. Wenn der Vertrag in seiner Neufassung nunmehr auch das Ergebnis richterlichen Eingreifens ist, so bleibt er seiner Natur nach doch immer ein reines Privatrechtsverhältnis. Die Grundsätze über dessen Kündbarkeit bleiben weiterhin in Geltung. Hinsichtlich der Schadensersatzpflicht tritt jedoch eine bedeutsame Änderung ein.

Bescheidet sich eine Partei nicht mit der richterlichen Neugestaltung der Vertragsbeziehungen, so kann sie nicht mehr im Hinblick auf die Verschmelzung diese als Voraussetzung des Schadensersatzanspruches heranziehen. Das würde dem Sinn des § 240 Abs. 3 AktGes. widersprechen. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit zur Bereinigung der durch eine Verschmelzung in Unordnung geratenen Vertragsbeziehungen geschaffen als Sicherheitsventil gegen die Folgen einer überspannten und wirtschaftsfeindlichen Gesamtrechtsnachfolge. Deshalb müssen sich die Beteiligten mit der von ihr abweichenden Lösung zufriedengeben und können die Fusionsgesellschaft für die eingetretenen Veränderungen nicht haftbar machen.

---

1) Vgl. RGZ. Bd. 65 S. 37; Bd. 78 S. 388.
2) Ehrenberg in LZ. 1916 S. 989.
3) Lehmann S. 283.
4) Goldschmidt S. 85.

§ 17.

Zusammenfassung und Anwendung.

Der Überblick über die Literatur und Judikatur hat gezeigt, daß eine befriedigende Lösung der Vertragsschwierigkeiten sich nur finden läßt, wenn die Verschmelzung als körperschaftlicher Vorgang verstanden wird. Wird dies verkannt, so schmälert man die Belange der mit dem übertragenden Unternehmen obligatorisch verbundenen Dritten, weil dann notwendigerweise die fortwirkende organische Einheit des verschmolzenen Unternehmens außer Acht gelassen wird.

Umgekehrt birgt die bedingungslose Anerkennung der sozialrechtlichen Natur der Fusion Gefahren in sich. Die an sich richtige Erkenntnis führt dazu, die übertragende wie auch die übernehmende Gesellschaft hinsichtlich ihrer Vertragsbeziehungen als völlig gleichberechtigt anzusehen. Das aber hat die Folge, daß man sich bei der vorbehaltlosen Durchführung des Grundsatzes der Gesamtrechtsnachfolge festfährt.

Hier verschafft nun die Vorschrift der §§ 240 Abs. 3 und 247 Abs. 5 AktGes. die Möglichkeit, der organischen Gesellschaftsvereinigung gerecht zu werden, soweit erforderlich aber die Gesamtrechtsnachfolge außer Acht zu lassen, um eine zweckentsprechende Lösung der Vertragsschwierigkeiten herbeizuführen. Gegenüber der uneingeschränkten Ausdehnung der Vertragsrechte auf das Gesamtunternehmen, wie sie die Universalsukzession zur Folge hat, eröffnet die gesetzliche Ermächtigung der genannten Bestimmungen die Möglichkeit zur Abänderung des Vertragsinhaltes und zu dessen Begrenzung.

Das verweist auf den richtigen Ausgangspunkt der reichsgerichtlichen Entscheidungen, die Fixierung der Vertragspflichten. Dieser Grundsatz soll verhindern, daß einer der beiden Vertragsparteien aus der Verschmelzung durch die nicht vorausgesehene Erweiterung des Vertragsinhaltes Vorteile entstehen. Nur darf man nicht wie das Reichsgericht in denselben Fehler verfallen und unter Fixierung Erstarrung statt Begrenzung verstehen. Dieser Irrtum beruht letztlich

in der Verkennung der Verschmelzung als körperschaftliche Erweiterung der beteiligten Gesellschaften.

Die grundsätzliche Bedeutung der Entscheidung des Kammergerichtes liegt deshalb darin, zwar eine Fixierung der Vertragspflichten vorzunehmen, dennoch aber das Wesen der Verträge zu wahren, indem die Festlegung beweglich gestaltet wird. Soweit die Lösung der Vertragsschwierigkeiten auf dieser Grundlage dem Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge entgegensteht, kann nunmehr nach § 240 Abs. 3 und § 247 Abs. 5 von ihm soweit erforderlich abgewichen werden. Für die Entscheidung des Einzelfalles lassen sich bei der Mannigfaltigkeit der Vertragstypen keine weiteren Richtlinien aufstellen. Wohl aber ermöglicht dem Richter der Grundsatz von der elastischen Festlegung der Vertragspflichten eine allen Beteiligten gerechtwerdende Lösung.

Ein Vorgang, der in der jüngsten Zeit einem Schiedsgericht zur Entscheidung vorlag, mag zum Schluß zeigen, wie sich die Lösung der Vertragsschwierigkeiten richtiger Auffassung nach zu gestalten hat und wie das Reichsgericht ihn von seinem Standpunkt aus entschieden haben würde.

Die Elektrizitätsgesellschaften A und B hatten sich mit Wirkung ab 1. 1. 1935 verschmolzen. Die Gesellschaft A war vor Jahren mit der Stadt X einen Meistbegünstigungsvertrag eingegangen, wonach A verpflichtet war, der Gemeinde X jeweils den Stromtarif ihres günstigst gestellten Abnehmers einzuräumen. Nachdem die Gesellschaft A im Wege der Verschmelzung in der Gesellschaft B aufgegangen war, stellte die Stadt X unter Hinweis auf die Gesamtrechtsnachfolge das Verlangen, nunmehr den billigsten Tarif aller Abnehmer des Gesamtunternehmens zu erhalten. Dieses sträubte sich hiergegen mit dem Hinweis, daß die z. T. erheblich billigeren Tarife im Abnehmerkreis der übernehmenden Gesellschaft auf besonders gelagerten wirtschaftlichen Verhältnissen beruhten, wie sie im Versorgungsgebiet der übertragenden Gesellschaft niemals anzutreffen waren.

Auf dem Boden der vorbehaltslosen Durchführung des Prinzipes der Gesamtrechtsnachfolge ist in der Tat das Verlangen der Stadtgemeinde X gerechtfertigt. Die Verpflichtung der Gesellschaft A aus dem Meistbegünstigungsvertrag ist durch die Fusion mit der Gesellschaft B deren Verbindlichkeit geworden und von dieser nun ebenso zu erfüllen, als ob der Vertrag ursprünglich von ihr und nicht von der übertragenden Gesellschaft geschlossen worden wäre. Es bedarf aber keiner weiteren Ausführungen, daß die Zubilligung des günstigsten Tarifes der Verschmelzungsgesellschaft der Abnehmerin X einen gänzlich unberechtigten Vorteil und entsprechend für die Lieferantin einen schweren Nachteil mit sich bringen würde.

Diesem unbilligen Ergebnis würde das Reichsgericht mit Hilfe seines Grundsatzes von der Fixierung der Vertragspflicht auszuweichen versuchen, aber dabei in den entgegengesetzten Fehler zum Schaden der Abnehmerin verfallen: seine Entscheidung müßte dahin lauten, daß der Stadt X hinfort nur die Meistbegünstigung gegenüber denjenigen Abnehmern zu gewähren sei, mit denen am Tage der Verschmelzung eine vergleichbare Präferenz bestanden habe.

Die hierin liegende endgültige Festlegung der Vertragspflichten auf den Zeitpunkt der Fusion läßt sich hinsichtlich der Unvereinbarkeit mit dem Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge allerdings mit Hilfe des § 240 Abs. 3 AktGes. vertreten. Das Ergebnis aber ist unbillig und lebensfremd, weil die Abnehmerin von nun an von der wirtschaftlichen Entwicklung im Versorgungsgebiet ihrer ehemaligen Vertragspartnerin ausgeschlossen wird. Die günstigere Betriebsausnutzung, die dem Gesamtunternehmen nunmehr durch die Verschmelzung ermöglicht wird, kommt der Gemeinde X nicht mehr zugute. Bestand etwa bis zum 1. 1. 1935 das Meistbegünstigungsverhältnis zwischen der Stadt X und nur einer anderen Abnehmerin, so wird es hierbei verbleiben, ungeachtet, daß später anderen Gemeinden aus dem Versorgungsgebiet der übertragenden Gesellschaft günstigere und vergleichbare Bezugsbedingungen eingeräumt werden. Das bedeutet aber nicht nur eine Beeinträchtigung der Interessenlage der Abnehmerin,

sondern auch eine einseitige Abänderung des Lieferungsvertrages, der seine Elastizität verliert und erstarrt.

Die an der nach den Grundsätzen des Reichsgerichtes zu fällenden Entscheidung geübte Kritik zeigt deutlich den Weg zu einer billigen und gerechten Lösung. Diese muß eine elastische Festlegung der Vertragsverhältnisse derart vornehmen, daß der Stadtgemeinde X eine Rechtsstellung gegenüber dem Gesamtunternehmen zugewiesen wird, die derjenigen zu ihrer ursprünglichen Vertragspartnerin gleichkommt. Dies geschieht dadurch, daß man das gesamte Versorgungsgebiet der Gesellschaft A nach dem Stande bei der Verschmelzung genau umreißt und die Gesellschaft B verpflichtet, in diesem Bereich hinfort der Abnehmerin die Meistbegünstigung zu gewähren.

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Baumbach: Aktiengesetz. 2. Aufl. München 1937.
Begründung, Amtliche, zum Aktiengesetz bei Klausing, Aktiengesetz 1937.
Bericht des 34. Deutschen Juristentages.
Blum: Fusionsprobleme. Zentralbl. f. Handelsrecht 1917 S. 323 ff.
Böttcher-Meilicke: Umwandlung, Auflösung und Anleihestock von Kapitalgesellschaften. 4. Aufl. 1937.
Brandt: Kommentar zum Handelsgesetzbuch 1912.
Breit: Fusion und Aktienrechtsreform. In Ztschr. für das ges. Handels- und Konkursrecht Bd. 94 u. 95.
Brodmann: Aktienrecht, Kommentar. 1928.
— Echte und unechte Fusion. In: Festgabe für Soldan 1933.
Danielcik: Aktiengesetz. Berlin 1937.
Ehrenberg: Fusion und Rückversicherungsverträge. In: LZ. 1916 S. 989.
Eiffler: Urkundensteuergesetz. Berlin 1938.
Enneccerus-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. III. Bd. Marburg 1932.
Feine: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. In Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechtes. III. Bd. 3. Abtlg. 1929.
Fischer, Rudolf: Die Personenvereinigungen. In Ehrenbergs Handbuch III. Bd. 1. Abtlg. 1916.
Flechtheim: Fusion und Dauerverpflichtungen. In JW. 1927 S. 1060.
— Anmerkung in JW. 1917 S. 985.
Friedländer: Konzernrecht 1932.
Gierke, Otto: Genossenschaftsrecht. Berlin 1886.
— Deutsches Privatrecht. Berlin 1888.
Gilbert: Formzwang für Fusionsverträge? In JW. 1928 S. 2597.
v. Godin: Zur Frage der Fusion bei ausstehender Volleinzahlung. JW. 1933 S. 2500 f.
— Verschmelzung gegen Gewährung stimmrechtsloser Vorzugsaktien. Deutsche Justiz 1939 S. 1165 f.
v. Godin-Wilhelmi: Aktiengesetz, Kommentar. 1937.
Goldschmidt: Die sofortige Verschmelzung (Fusion) von Aktiengesellschaften. Berlin 1930.
Hachenburg: Sind bei der Fusion zweier Aktiengesellschaften neben der Gewährung von Aktien auch andere Leistungen zulässig? In LZ. 1911 S. 646 ff.
Handbuch des deutschen Steuerrechts. Berlin 1935.
Heymann: Aktienrechtliche Fusion. ZHR. 92, 217 ff.
Jakobs: Bare Gegenleistungen bei Fusionen. Diss. Münster 1934.

Kessler: Kapitalverkehrssteuergesetz, Kommentar. 1928.
Kipp: Anmerkung in JW. 1927 S. 2065.
Klausing: Aktiengesetz 1937.
Koenige: Handelsgesetzbuch. 1932.
Kohler: Die Fusion der Aktiengesellschaft. In Arch. bürg. Recht Bd. 40 S. 309 ff.
Lehmann, Heinr.: Allgemeiner Teil des BGB. Berlin 1933.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch 1914.
Makower: Kommentar zum HGB. 13. Aufl. 1906.
v. Miltner: Verschmelzung von Versicherungsgesellschaften und Rückversicherung. In LZ. 1916 S. 442.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. 3. Aufl. 1928.
Naendrup: Rechtsscheinlage im Aktienrecht. Marburg 1931.
Neufeld: Die Aktienrechtsnovelle. Berlin 1932.
Pander: Die aktienrechtliche Fusion. Diss. Breslau 1930.
Pechmann: Aktienrecht. Berlin 1890.
Rehm: Verschmelzung von Versicherungsgesellschaften und Rückversicherungsverträge. In LZ. 1916 S. 584.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 1934.
Ritter: Aktiengesetz-Kommentar. Berlin 1939.
Rosendorff: Die rechtliche Organisation der Konzerne. Berlin 1927.
Ruth: Eigene Aktien und Verwaltungsaktien. Berlin 1928.
Schlegelberger-Quassowski, Herbig, Gessler, Hefermehl: Aktiengesetz. Berlin 1937.
Schulz-Lasaulx: Die Fusion von Aktiengesellschaften und Genossenschaften. In Jher. Jahrb. 79, 349 ff.
Staub-Pinner: Kommentar zum HGB. 11./12 und 14. Aufl.
Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 1934.
Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. 14. Aufl.
Szamatolski: Der Einfluß der aktienrechtlichen Verschmelzung auf elastische Dauerverpflichtungen. Diss. Heidelberg 1931.
Teichmann-Köhler: Kommentar zum Aktiengesetz 1938.
Ullmann: Die Veräußerung des Vermögens einer Aktiengesellschaft im ganzen. München 1915.
Veiel: Das Kapitalverkehrssteuergesetz. Berlin 1936.
Weinbach: Kommentar zum Kapitalverkehrssteuergesetz. Berlin 1926.
Wiener: Umwandlung und Fusion von Gesellschaften. In ZHR. Bd. 27 S. 369 ff.
Wittmaak: Findet der § 311 BGB. auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung und auf Aktiengesellschaften Anwendung? In ZHR. Bd. 71 S. 107 ff.

Lebenslauf.

Am 7. August 1913 wurde ich, Fritz-Ernst Ohmann, zu Bonn als Sohn des 1918 gefallenen Universitätsprofessors Fritz Ohmann und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. von Nesse, geboren. Ich bin evang. Konfession.

Von Ostern 1920 bis Herbst 1926 besuchte ich zuerst die Volksschule und dann das Realgymnasium in Sondershausen, Thüringen, anschließend das Realgymnasium in Essen-Bredeney, wo ich Ostern 1933 das Abitur bestand. Nach dreisemestrigem Rechtsstudium in Freiburg i. Br. ging ich für zwei Semester an die Universität Berlin, dann nach Bonn. In meinem achten Studiensemester bestand ich am Oberlandesgericht in Köln das Referendarexamen und befinde mich seitdem im Vorbereitungsdienst. Am 12. Juli 1939 legte ich meine mündliche Doktorprüfung ab.

Diese Gelegenheit benutze ich gern, Herrn Geheimrat Professor Dr. Rauch für die liebenswürdige Förderung meiner Arbeit und die vielen mir gegebenen Anregungen auf dem Gebiete des Wirtschaftsrechtes, die ich als sein Schüler empfing, zu danken.